

AGB-Kollisionen,
“the battle of the forms”
und weitere Probleme
beim Verweis auf
Allgemeine Geschäftsbedingungen

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
MARC PETER BÜHRER
von Zollikon ZH

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Peter Forstmoser

Schulthess Polygraphischer Verlag AG Zürich 1987



AGB-Kollisionen,
“the battle of the forms”
und weitere Probleme
beim Verweis auf
Allgemeine Geschäftsbedingungen

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
MARC PETER BÜHRER
von Zollikon ZH

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Peter Forstmoser

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 3. Juni 1987

Der Dekan:

Prof. Dr. Claudio Soliva

Die gleiche Arbeit ist im Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, erschienen als Heft 96 der Reihe

Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht

Herausgegeben im Auftrag der Juristischen Abteilung der Universität Zürich von Prof. Dr. Peter Forstmoser

© Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich 1987
ISBN 3 7255 2561 7

Druck: Verlag Hans Schellenberg, Winterthur

Vorwort

Die vorliegende Arbeit behandelt ausgesuchte Problemkreise des Einbezugs Allgemeiner Geschäftsbedingungen in den Einzelvertrag.

Im Zentrum der Ausführungen steht die Problematik der "battle of the forms", der Kollision von sich widersprechenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Diese Problematik kann sich bei der Einbeziehung von AGB in den Einzelvertrag durch Schweigen auf kaufmännische Bestätigungsschreiben und modifizierte Auftragsbestätigungen stellen.

Aus diesem Grund wird zuerst auf allgemeine Probleme beim Einbezug von AGB durch diese beiden Bestätigungen näher eingetreten, bevor die spezielleren Probleme der Kollision sich widersprechender AGB behandelt werden.

Anhand konkreter Sachverhalte, den Basisfällen, werden Probleme, die der Einbezug von AGB durch Schweigen auf Bestätigungsschreiben und Auftragsbestätigung mit sich bringt, gelöst. Die Basisfälle entsprechen denjenigen Fallkonstellationen des tatsächlichen Rechtslebens, die im Rahmen der Verweisung auf AGB mittels dieser Schreiben am häufigsten auftreten.

Für den erleichterten Zugriff in der Praxis werden im zweiten Teil der Arbeit alle soweit denkbaren Fallkonstellationen mit der Problematik der "battle of the forms" einer Lösung zugeführt.

Abschliessend findet sich in einem Anhang eine Zusammenfassung der in der Arbeit entwickelten Thesen, welche mit einem Fundstellennachweis versehen ist.

Ganz herzlich danken möchte ich Herrn Rechtsanwalt Dr. iur. Christoph M. Pestalozzi M.C.J.; direkt auf seine Anregung zurück geht die Bearbeitung der Thematik der "battle of the forms".

Besonders zu schätzen weiss ich die Unterstützung und Freiheit, die mir Herr Prof. Dr. Peter Forstmoser bei der Ausgestaltung der vorliegenden Arbeit gewährt hatte.

Küsnacht, im September 1986

Marc P. Bührer



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Inhaltsübersicht

	<i>Note</i>	<i>Seite</i>
Inhaltsverzeichnis		VII
Abkürzungsverzeichnis		XV
Literaturverzeichnis		XVII
 Teil 1		
Problemstellung, Grundlagen und Lösungsvorschläge		1
 Abschnitt 1		
Grundlegendes über Allgemeine Geschäftsbedingungen		3
§ 1 Funktion und Rechtsnatur Allgemeiner Geschäftsbedingungen	1	3
§ 2 Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen in den Einzelvertrag	12	8
 Abschnitt 2		
Problemstellung		15
§ 3 Sonderprobleme beim Einbezug von Allgemeinen Geschäftsbedingungen in den Einzelvertrag	30	15
§ 4 Bedeutung der "battle of the forms"	46	22
 Abschnitt 3		
Rechtliche Grundlagen		25
§ 5 Schweigen auf kaufmännische Bestätigungsschreiben	53	25
§ 6 Schweigen auf modifizierte Auftragsbestätigungen	84	38
§ 7 Theorien zur Lösung der "battle of the forms" bei Vertragsabschluss	94	42
 Abschnitt 4		
Lösung von Basisfällen nach Schweizer Recht		64
§ 8 Basisfall 1: Verweis auf Allgemeine Geschäftsbedingungen durch kaufmännische Bestätigungsschreiben	143	64
§ 9 Basisfall 2: Verweis auf Allgemeine Geschäftsbedingungen durch modifizierte Auftragsbestätigungen	160	71
§ 10 Zum Postulat der Gleichbehandlung von kaufmännischen Bestätigungsschreiben und modifizierten Auftragsbestätigungen	320	132

	<i>Note</i>	<i>Seite</i>
Teil 2		
Zusammenstellungen von Fallkonstellationen der "battle of the forms" und weiterer Einbezugsprobleme		139
Abschnitt 1		
Verweis auf Allgemeine Geschäftsbedingungen bei Vertragsabschluss		141
§ 11 Gegensätzliche Verweisung auf Allgemeine Geschäftsbedingungen durch Offerenten und Akzeptanten	339	141
§ 12 Einseitige Verweisung auf Allgemeine Geschäftsbedingungen durch Offerenten oder Akzeptanten	346	145
§ 13 Verweis auf Allgemeine Geschäftsbedingungen durch verspätete modifizierte Auftragsbestätigungen	352	148
§ 14 Vertragsabschluss und Einbezug von Allgemeinen Geschäfts- bedingungen durch kaufmännische Bestätigungsschreiben	357	150
Abschnitt 2		
Verweis auf Allgemeine Geschäftsbedingungen nach Vertragsabschluss		154
§ 15 Einseitige Verweisung auf Allgemeine Geschäftsbedingungen durch kaufmännische Bestätigungsschreiben	363	154
§ 16 Beidseitige Verweisung auf Allgemeine Geschäftsbedingungen durch kaufmännische Bestätigungsschreiben	369	158
§ 17 Verweisung auf Allgemeine Geschäftsbedingungen in Auftragsbestätigungen und Bestätigungsschreiben	381	162
Abschnitt 3		
Geltung Allgemeiner Geschäftsbedingungen kraft besonderer Verhältnisse		167
§ 18 Geltung Allgemeiner Geschäftsbedingungen aufgrund bestehender Geschäftsbeziehungen	393	167
§ 19 Geltung Allgemeiner Geschäftsbedingungen kraft Verkehrssitte	400	172
Anhang		
Zusammenfassung und Fundstellennachweis	406	175

Inhaltsverzeichnis

	<i>Note</i>	<i>Seite</i>
Teil 1		
Problemstellung, Grundlagen und Lösungsvorschläge		1
Abschnitt 1		
Grundlegendes über Allgemeine Geschäftsbedingungen		3
§ 1 Funktion und Rechtsnatur Allgemeiner Geschäftsbedingungen		3
I. Funktion Allgemeiner Geschäftsbedingungen		3
1. Standardisierung des Rechtslebens	1	3
2. Konsumenten- und Unternehmer-AGB	2	4
II. Rechtsnatur Allgemeiner Geschäftsbedingungen		6
1. Rechtsbegriff und Definition	7	6
2. Geltungsgrund	8	6
2.1. Faktisch gesetzegleiche Wirkung	8	6
2.2. Privatautonomie und Normsetzungsbefugnis	11	7
§ 2 Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen in den Einzelvertrag		8
I. Konsens bezüglich Allgemeiner Geschäftsbedingungen		8
1. Ausdrückliche Übernahme von AGB	12	8
1.1. Vollakzept	14	8
1.2. Globalakzept	15	9
1.3. Rahmenverträge	16	9
2. Konkludente Übernahme von AGB	17	10
2.1. Konkludentes Akzept	18	10
2.2. Bestehende Geschäftsbeziehungen	20	11
2.3. Geltung kraft Verkehrssitte	22	12
II. Geltungs- und Inhaltskontrolle als Schranken vertraglich vereinbarter Allgemeiner Geschäftsbedingungen		12
1. Kontrolle der Wirksamkeit von AGB	23	12
1.1. Geltungskontrolle	24	12
1.2. Inhaltskontrolle	27	13
2. Grundvoraussetzung des Vertrauensprinzips	28	13
Wegleitung	29	14
Abschnitt 2		
Problemstellung		15
§ 3 Sonderprobleme beim Einbezug von Allgemeinen Geschäftsbedingungen in den Einzelvertrag		15
I. Widerspruch zwischen Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Individualvereinbarungen	30	15
II. Verweis auf Allgemeine Geschäftsbedingungen nach Vertragsabschluss	35	17

	<i>Note</i>	<i>Seite</i>
1. Lieferscheine, Quittungen, Rechnungen und Garantiescheine	36	17
2. Kaufmännische Bestätigungsschreiben	38	18
III. Verweis auf Allgemeine Geschäftsbedingungen bei Vertragsabschluss	39	19
IV. Verweis auf Allgemeine Geschäftsbedingungen vor Vertragsabschluss	40	19
§ 4 Bedeutung der "battle of the forms"		22
I. Tatbestände		22
1. Terminologie und Übersetzung	46	22
2. Auftreten des Widerspruchs		22
2.1. Sachverhalte des Geschäftslebens	48	22
2.2. Bei abweichenden kaufmännischen Bestätigungsschreiben	50	23
2.3. Bei modifizierten Auftragsbestätigungen	51	24
II. "battle of the forms" als Einbezugsproblem	52	24
Abschnitt 3		
Rechtliche Grundlagen		25
Wegleitung	53	25
§ 5 Schweigen auf kaufmännische Bestätigungsschreiben		25
Wegleitung	54	25
I. Bedeutung		25
1. Konstitutives Bestätigungsschreiben	55	25
2. Voraussetzung des vorangegangenen Vertragsschlusses	56	26
II. Vertragsergänzung durch kaufmännische Bestätigungsschreiben	57	26
1. Stellungnahme zur Rechtsprechung des Bundesgerichts	58	27
2. Stellungnahme zu neueren Lehrmeinungen		29
2.1. Kritik der Beweislast	63	29
2.2. Massstab des Vertrauensprinzips	64	30
2.3. Objektive Umstände und Absicht des Bestätigenden	65	30
2.4. Bewusstes Abweichen	69	32
3. Voraussetzung der Konstitutivwirkung von Ergänzungen (Rechtsgrundsätze zum kaufmännischen Bestätigungsschreiben)	70	32
III. Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen durch Schweigen auf kaufmännische Bestätigungsschreiben		35
1. Allgemeines	76	35
2. Art der Bezugnahme	77	35
3. Umfang der Konstitutivwirkung	78	36
§ 6 Schweigen auf modifizierte Auftragsbestätigungen		38
Wegleitung	84	38
I. Definition und Abgrenzung	85	38

	<i>Note</i>	<i>Seite</i>
II. Zur Annahme des abweichenden Angebots		39
1. Die Konsequenz der Regel von BGB § 150 II	89	39
2. Umfang des Dissenses	91	40
3. Fragen	93	41
§ 7 Theorien zur Lösung der “battle of the forms” bei Vertragsabschluss		42
Wegleitung	94	42
I. Standardsachverhalt	95	42
II. Theorie des letzten Wortes	98	43
1. Grundfall und Grundlösung	99	43
2. Funktion der Abwehrklausel	103	45
2.1. Neutralisationsfunktion der Abwehrklausel	104	45
2.2. Funktionslosigkeit der Abwehrklausel	105	46
3. Form der Abwehrklausel		47
3.1. Qualifizierung der Abwehrklausel	106	47
3.2. Wirksamkeitsvorbehalt	107	47
4. Kritik der Theorie des letzten Wortes		48
4.1. Mangelnde Klarstellung der Vertragsbedingungen	108	48
4.2. Bedeutung der Vertragsdurchführung	110	49
5. Weitere Stellungnahmen		51
5.1. Negative Vertragsfreiheit	115	51
5.2. Partialdissens	116	51
III. These: Vertragsgeltung trotz AGB-Kollision		52
1. Grundfall und Grundlösung	118	52
2. Rechtliche Grundlagen		53
2.1. Aufgrund des deutschen BGB	119	53
2.2. Aufgrund des schweizerischen OR	124	55
3. Einzelfragen	125	56
3.1. Lückenfüllung	126	56
3.2. Bedeutung von Abwehrklauseln	127	56
3.3. Bedeutung von Wirksamkeitsvorbehalten	129	57
3.4. Unterwerfung unter gegnerische AGB	132	58
4. Schlussbemerkungen	133	59
IV. These: Massgabe der Verweisung	135	59
V. These: Massgabe der vertragstypischen Leistung	138	61
VI. These: Geltung der AGB des Offerenten	140	62
Zusammenfassung	142	63
 Abschnitt 4		
Lösung von Basisfällen nach Schweizer Recht		64
Wegleitung	143	64
§ 8 Basisfall 1: Verweis auf Allgemeine Geschäftsbedingungen durch kaufmännische Bestätigungsschreiben		64
Wegleitung	144	64
I. Basisfall und Grundlösung	145	64

	<i>Note</i>	<i>Seite</i>
II. Einzelfragen	150	67
1. Benennung des Schreibens	151	67
2. Forderung nach Gegenbestätigung	152	67
3. Vorbehalt in Nebenpunkten/Vorbehalt der Schriftlichkeit	153	68
4. Bestätigungsschreiben als Gültigkeitserfordernis	155	69
5. Zulassung des Nachweises weiterer mündlicher Vereinbarungen	157	69
6. Vertragsabschluss durch Vertreter	158	70
§ 9 Basisfall 2: Verweis auf Allgemeine Geschäftsbedingungen durch modifizierte Auftragsbestätigungen		71
Wegleitung	160	71
I. Sachverhalt des Basisfalles 2	161	71
II. Theorien als Ausgangspunkt	162	72
III. Rechtliche Qualifikation der einzelnen Vertragselemente	164	73
1. Akzept	165	73
2. Konsens	166	74
IV. Auslegung und Anwendung von OR 2 I		75
Wegleitung	167	75
1. Vermutung von OR 2 I	168	75
1.1. Definition der Wesentlichkeit	169	76
1.2. Beweisrechtliche Konsequenzen	170	76
2. Technik der Rechtsprechung des Bundesgerichts	171	77
3. Bedeutung des Vorbehalts in OR 2 I	175	78
4. Konstellationen des Partialdissenses	176	79
V. Ausschluss des Konsensstreites		81
Wegleitung	182	81
1. Abgrenzung	183	81
2. Reiner Auslegungstreit		82
2.1. Umschreibung	186	82
2.2. Konstruktionen	187	82
3. Beurteilung einzelner Umstände		86
3.1. Art der Konsensbekundung	195	86
3.2. Vorrang des normativen Konsenses	199	89
3.3. Totaldissens	205	90
VI. Konstellationen des Basisfalles 2		91
Wegleitung	206	91
1. Bestehende Problemlösungen	207	91
2. Erscheinungsformen des Basisfalles 2		92
2.1. Allgemeines	210	92
2.2. Fallbeispiele	213	93
3. Fallkonstellationen	215	95
3.1. Offener Partialdissens	216	95
3.1.1. Offener Partialdissens und nicht erfolgte Vertragsabwicklung	217	95
3.1.2. Offener Partialdissens und erfolgte Vertragsabwicklung	222	98
3.2. Versteckter Partialdissens	227	100
3.2.1. Beidseitig versteckter Partialdissens	229	101

	<i>Note</i>	<i>Seite</i>
3.2.2. Einseitig versteckter Partialdissens/ Einseitig entdeckter Partialdissens	237	103
3.3. Übereinstimmende Konsensbekundung	241	104
3.4. Schutz des Konsensbewusstseins einer Partei	245	106
3.5. Komplexe Streitlagen	248	107
VII. Ergänzung des Vertrages im Rahmen der Kollision		108
Wegleitung	251	108
1. Art der Vertragsergänzung		108
1.1. Vertragsergänzung nach Konsensstreit	252	108
1.2. Vertragsergänzung im Reinen Auslegungsstreit	253	109
2. Umfang der Ergänzung	255	110
2.1. Lückenfüllung im Rahmen des Widerspruchs		110
2.1.1. Grundsatz der Kongruenzgeltung	257	110
2.1.2. Differenzierung	259	111
2.2. Lückenfüllung im gesamten Bereich der AGB	264	113
2.3. Einseitig geregelte AGB	267	114
2.4. Verweis auf dispositives Gesetzesrecht	270	115
VIII. Anwendungsbereich von OR 6		116
1. Allgemeines	272	116
2. Konsensfähigkeit einseitig geregelter AGB		116
2.1. Problemstellung	274	116
2.2. Günstigkeitsprinzip	276	117
3. Konsensfähigkeit überschüssender AGB	278	118
IX. Differenzierungen		119
1. Bedeutung von Abwehrklauseln	281	119
1.1. Form und Inhalt von Abwehrklauseln	282	119
1.2. Auslegung nach dem Vertrauensprinzip	283	119
1.3. Einfluss von Abwehrklauseln auf die Vertragsgeltung	284	120
1.4. Einfluss von Abwehrklauseln auf die Durchsetzung der AGB	289	121
1.5. Einfluss von Abwehrklauseln auf deckungsgleiche AGB	290	121
1.6. Einfluss von Abwehrklauseln auf einseitig geregelte AGB	291	122
2. Bedeutung von Wirksamkeitsvorbehalten	293	123
2.1. Form und Inhalt von Wirksamkeitsvorbehalten	294	123
2.2. Auslegung nach dem Vertrauensprinzip	295	123
2.3. Einfluss von Wirksamkeitsvorbehalten auf Vertragsgeltung und AGB-Durchsetzung	296	123
3. Unterwerfung	300	125
4. Bedeutung früherer Vertragsschlüsse	303	126
X. Schadenersatz in Fällen des versteckten Dissenses	304	127
XI. Zusammenfassung der Lösungen der "battle of the forms" bei Vertragsabschluss		128
1. Grundsatz	309	128
2. Folgen	313	129
3. Rechtswirklichkeit	314	130



	<i>Note</i>	<i>Seite</i>
§ 10 Zum Postulat der Gleichbehandlung von kaufmännischen Bestätigungsschreiben und modifizierten Auftragsbestätigungen		132
I. Postulat und Fragestellung	320	132
II. Vergleich der Lösungen nach Schweizer Recht	322	132
III. Vertrauenssituation und Vertragsabschluss	324	134
IV. Bestätigungsschreiben oder Auftragsbestätigung	328	135
V. Regelung in den USA	329	135
Teil 2		
Zusammenstellung von Fallkonstellationen der "battle of the forms" und weiterer Einbezugsprobleme		139
Abschnitt 1		
Verweis auf Allgemeine Geschäftsbedingungen bei Vertragsabschluss		141
§ 11 Gegensätzliche Verweisung auf Allgemeine Geschäftsbedingungen durch Offerenten und Akzeptanten		141
I. Grundfall	339	141
II. Sonderfälle		141
1. Vorrang abweichender Individualabreden		141
1.1. Grundsatz	340	141
1.2. Einfluss von Abwehrklauseln und Wirksamkeitsvorbehalten	341	142
2. Vorbehalt der nachfolgenden schriftlichen Annahme	344	142
3. Abänderung der Offerte durch den Akzeptanten	345	143
§ 12 Einseitige Verweisung auf Allgemeine Geschäftsbedingungen durch Offerenten oder Akzeptanten		145
I. Grundfall	346	145
II. Sonderfälle		146
1. Widerspruch zu gemeinsam vereinbarten AGB	349	146
2. Wirkung von Empfehlungsschreiben	350	147
§ 13 Verweisung auf Allgemeine Geschäftsbedingungen durch verspätete modifizierte Auftragsbestätigungen		148
I. Grundsatz	352	148
II. Kollisionskonstellationen	353	148
§ 14 Vertragsabschluss und Einbezug von Allgemeinen Geschäftsbedingungen durch kaufmännische Bestätigungsschreiben		150
I. Grundsatz	357	150
II. Kollisionskonstellationen		151

	<i>Note</i>	<i>Seite</i>
1. Grundfall	360	151
2. Sonderfälle		152
2.1. Kreuzende Bestätigungsschreiben	361	152
2.2. Vorbehalt der Schriftlichkeit	362	152
 Abschnitt 2		
Verweis auf Allgemeine Geschäftsbedingungen nach Vertragsabschluss		154
 § 15 Einseitige Verweisung auf Allgemeine Geschäftsbedingungen durch kaufmännische Bestätigungsschreiben		154
I. Grundfall	363	154
II. Sonderfälle		154
1. Dissens in der AGB-Geltungsfrage bei Vertragsabschluss	365	154
2. Vereinbarung von AGB bei Vertragsabschluss	366	155
3. Ablehnung von AGB bei Vertragsabschluss	367	156
4. Bedeutung bestehender Geschäftsbeziehungen	368	156
 § 16 Beidseitige Verweisung auf Allgemeine Geschäftsbedingungen durch kaufmännische Bestätigungsschreiben		158
I. Grundsatz	369	158
II. Kollisionskonstellationen	370	158
1. Kreuzende abweichende Bestätigungsschreiben	371	158
1.1. Gegensätzliche Klauseln	372	159
1.2. Deckungsgleiche Klauseln	373	159
1.3. Einseitig geregelte AGB	375	159
2. Nacheinander folgende abweichende Bestätigungs- schreiben	378	161
3. Mehrfach wechselseitige Bestätigungen	380	161
 § 17 Verweisung auf Allgemeine Geschäftsbedingungen in Auftragsbestätigungen und Bestätigungsschreiben		162
I. Kollisionsproblem		162
1. Sachverhalt	381	162
2. Qualifikation einer AGB-Verweisung nach erfolgter Kollision	382	162
II. Lösungsvarianten	385	163
III. Fallkonstellationen		165
1. Offener Partialdissens	391	165
2. Versteckter Partialdissens	392	165

	<i>Note</i>	<i>Seite</i>
Abschnitt 3		
Geltung Allgemeiner Geschäftsbedingungen kraft besonderer Verhältnisse		167
§ 18 Geltung Allgemeiner Geschäftsbedingungen aufgrund bestehender Geschäftsbeziehungen		167
I. Wirkung bestehender Vertragsbeziehungen	150	167
1. Grundlage des AGB-Einbezugs	393	167
2. Kollisionsproblematik		169
2.1. Bei Vertragsabschluss	395	169
2.2. Nach Vertragsabschluss	397	170
II. Geltung Allgemeiner Geschäftsbedingungen aufgrund eines Rahmenvertrages	399	171
§ 19 Geltung Allgemeiner Geschäftsbedingungen kraft Verkehrssitte		172
I. Grundlagen		172
1. Zur Verkehrssitte	400	172
2. Rechtsgeschäftliche Grundlage des AGB-Einbezugs	401	172
II. Kollisionsproblematik	404	174
 Anhang		
Zusammenfassung und Fundstellennachweis		175
 Verweis auf AGB bei Vertragsabschluss durch modifizierte Auftragsbestätigungen		175
Hinweise	406	175
I. Gegensätzliche Verweisung auf AGB durch Offerenten und Akzeptanten		176
1. Grundsatz: Zustandekommen des Vertrages ohne Einbezug von AGB	407	176
2. Ausnahme: Einbezug von AGB	413	177
II. Einseitige Verweisung auf AGB durch den Akzeptanten	417	178
III. Rechtswirklichkeit	419	178
 Verweis auf AGB nach Vertragsabschluss durch kaufmännische Bestätigungsschreiben		180
Hinweise	425	180
I. Einseitige Verweisung auf AGB durch kaufmännische Bestätigungsschreiben	426	180
II. Beidseitige Verweisung auf AGB durch kaufmännische Bestätigungsschreiben	429	181

Abkürzungsverzeichnis

A.	Auflage
a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angeführten Ort
Abs.	Absatz
ABSPed	Allgemeine Bedingungen des Schweizerischen Spediteur-Verbandes
a.E.	am Ende
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	(deutsches) Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen vom 9. Dezember 1976
AGBGE	Bunte, Entscheidungssammlung zum AGB-Gesetz (Heidelberg)
a.M.	anderer Meinung
Anm.	Anmerkung
AppGer	Appellationsgericht
Art.	Artikel
BB	Der Betriebsberater (Heidelberg)
Bd.	Band
Bem.	Bemerkung
bes.	besonders
betr.	betreffend
bez.	bezüglich
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich vom 18. August 1896
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, Amtliche Sammlung (Lausanne)
BGH	deutscher Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des deutschen Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (Detmold)
BJM	Basler Juristische Mitteilungen (Basel)
bzw.	beziehungsweise
DB	Der Betrieb (Düsseldorf)
Diss.	Dissertation
Erw.	Erwägungen
f.	folgende (Seite, Note)
ff.	und folgende (Seiten, Noten)
FN	Fussnote
Fs.	Festschrift
G/M/K	Guhl/Merz/Kummer (vgl. Literaturverzeichnis)
G/S	Gauch/Schluep (vgl. Literaturverzeichnis)
G/S/J	Gauch/Schluep/Jäggi (vgl. Literaturverzeichnis)
gem.	gemäss
Ger	Gericht
gl.A.	gleicher Ansicht
gl.M.	gleicher Meinung
GVP	St. Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis (St. Gallen)
HGB	Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 10. Mai 1897
HGer	Handelsgericht
h.L.	herrschende Lehre
i.d.R.	in der Regel
i.e.S.	im engeren Sinne
i.S.	im Sinne (des, der)
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinne
J/G	Jäggi/Gauch (vgl. Literaturverzeichnis)

JuS	Juristische Schulung (München)
JZ	(deutsche) Juristenzeitung (Tübingen)
KassGer	Kassationsgericht
L.C.	leading case (Leitentscheid)
LG	(deutsches) Landesgericht
l.Sp.	linke Spalte
m.A.	meiner Ansicht
m.a.W.	mit anderen Worten
m.E.	meines Erachtens
MRD	Monatszeitschrift für Deutsches Recht (Hamburg)
m.W.	meines Wissens
N	Note, Randnote
NJW	Neue Juristische Wochenzeitschrift (München)
Nr.	Nummer
o.	oben
ObGer	Obergericht
OLG	(deutsches) Oberlandesgericht
OR	Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 30. März 1911/18. Dezember 1936
Pr	Praxis des Bundesgerichts (Basel)
RebelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (Berlin/Tübingen)
r.Sp.	rechte Spalte
RVJ	Revue valaisanne de Jurisprudence
S.	Seite
SAG	Schweizerische Aktiengesellschaft (Zürich)
S/H	Schlegelberger/Hefermehl (vgl. Literaturverzeichnis)
SIA	Schweizerischer Ingenieur- und Architekten-Verein
S/J	Schönenberger/Jäggi (vgl. Literaturverzeichnis)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
Th.d.l.W.	Theorie des letzten Wortes
u.	unten
u.a.	unter anderem
Un.	Unternehmer
u.U.	unter Umständen
v.	von
VAR	Vierteljahreszeitschrift für Aargauische Rechtsprechung (Aarau)
vgl.	vergleiche
v.T/E	von Tuhr/Escher (vgl. Literaturverzeichnis)
v.T/P	von Tuhr/Peter (vgl. Literaturverzeichnis)
WM	Wertpapier-Mitteilungen (Frankfurt a.M.)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis
ZR	Blätter für zürcherische Rechtsprechung (Zürich)

Literaturverzeichnis

- Aeppli V./Casanova H. Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil (Art. 1–183), Rechtsprechung des Bundesgerichts, herausgegeben von P. Gauch (Zürich 1983)
- Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts (Art. 184–1186), Rechtsprechung des Bundesgerichts, herausgegeben von P. Gauch (Zürich 1986)
- Baudenbacher C. Wirtschafts-, schuld- und verfahrensrechtliche Grundprobleme der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (Zürich 1983)
- Bauer W. Der Schutz vor unbilligen Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) im schweizerischen Recht (Diss. Zürich 1977) (auch in Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, SSHW 23)
- Becker H. Berner Kommentar, Bd. VI/1, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1–183 (2. A., Bern 1941/45)
- Bucher E. Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil (Zürich 1979)
- Der Ausschluss des dispositiven Gesetzesrechts durch vertragliche Absprache, in: Festschrift Deschenaux (Freiburg i.Ue. 1977), 249 ff.
- Bühler Th. Allgemeine Geschäftsbedingungen: Spezifische Branchenbedingungen in der Maschinenindustrie, in: Allgemeine Geschäftsbedingungen in Doktrin und Praxis (Schriftenreihe zum Konsumentenschutzrecht, Bd. 5, Zürich 1982), 99 ff.
- Standard-Verträge und Allgemeine Geschäftsbedingungen unter Kaufleuten, insbesondere im internationalen Handelsverkehr, SJZ 72 1976 1 ff.
- Bunte H.-J. Handbuch der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (München 1982)
- von Büren B. Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil (Zürich 1972)
- Bürgi F.W. Ursprung und Bedeutung der Begriffe “Treu und Glauben” und “Billigkeit” im schweizerischen Zivilrecht (Bern 1939)
- Bydlinski F. Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts (Wien 1967)

XVIII

- Canaris C.-W. HGB Grosskommentar, 3. Bd.: Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken (3. A., Berlin 1975)
- Deschenaux H. Einleitungsartikel, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. II (Basel/Stuttgart 1967), 1 ff.
- Diederichsen U. Der "Vertragsabschluss" durch kaufmännische Bestätigungsschreiben, JuS 1966 129 ff.
- Dietlein/Rebmann AGB aktuell. Erläuterungen zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (Köln 1976)
(zit. Dietlein)
- Ebel H. Die Kollision der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, NJW 1978 1033 ff.
- Eberstein H.-H. Die zweckmässige Ausgestaltung von AGB im kaufmännischen Geschäftsverkehr (2. A., Köln 1980)
- Emmerich V. Die Problematik der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, JuS 1972 361 ff.
- Eugster B. Gegensätzliche Verweisung auf Allgemeine Geschäftsbedingungen durch Offerten und Akzeptanten, SJZ 74 1978 344 ff.
- Flume W. Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, Das Rechtsgeschäft (2. A., Berlin/Heidelberg 1975)
- Forstmoser P. (1) Gesetzgebung und Gerichtspraxis zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen in der Schweiz – Eine Standortbestimmung, in: Allgemeine Geschäftsbedingungen in Doktrin und Praxis (Schriftenreihe zum Konsumentenschutzrecht, Bd. 5, Zürich 1982), 23 ff.
- (2) Die rechtliche Behandlung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im schweizerischen und deutschen Recht, in: Festgabe Kummer (Bern 1980), 99 ff.
- (3) AGB und ihre Bedeutung in der Bankpraxis, in: Rechtsprobleme der Bankpraxis (Bern 1976), 11 ff.
- Gauch P. Der Werkvertrag (3. A., Zürich 1985)
- Gauch/Schluep Zum "Reinen Auslegungstreit" – Eine Klarstellung, SJZ 78 1982 230 ff.
(zit. G/S)
- Gauch/Schluep/Jäggi Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Bde. I und II (3. A., Zürich 1983)
(zit. G/S/J)
- Giger H. Geltungs- und Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen (Schriftenreihe zum Konsumentenschutzrecht, Bd. 12, Zürich 1983)

- Giger H. Berner Kommentar, Bd. VI/2, 1. Teilband, Obligationenrecht, Art. 184–215 (Bern 1979)
- Grasmann Zusammentreffen unterschiedlicher Einkaufs- und Verkaufsbedingungen, DB 1971 562 ff.
- Guhl/Merz/Kummer Das Schweizerische Obligationenrecht (7. A., Zürich 1980)
(zit. G/M/K)
- Haberkorn K. Schweigen auf kaufmännische Bestätigungsschreiben, MRD 1968 108 ff.
- Jäggi/Gauch Zürcher Kommentar, Bd. V/1b, Obligationenrecht, Art. 18 (Zürich 1980)
(zit. J/G)
- Jäggi P. Berner Kommentar, Einleitungsband, Art. 3 ZGB (Bern 1962)
- Kegel G. Glosse: Jurist und Laie, JZ 1952 501 f.
- Keller/Schöbi Das Schweizerische Obligationenrecht, Bd. I, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts (Basel/Frankfurt a.M. 1982)
- Keller M. Die Theorie des sog. “Reinen Auslegungstreits”, SJZ 78 1982 126 ff.
- Keller/Lörtscher Kaufrecht, Eine systematische Darstellung (Zürich 1980)
- Keller M. Die Auslegung obligationenrechtlicher Verträge, SJZ 57 1961 313 ff.
- Kleiner B. Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken, Giro- und Kontokorrentvertrag (2. A., Zürich 1963)
- Kramer E.A. Allgemeine Geschäftsbedingungen: Status quo, Zukunftsperspektiven, SJZ 81 1985 17–25/33–39
- Berner Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Bd. VI/1, 1. Teilband, Lieferung 4, Art. 18 (Bern 1985)
- Berner Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Bd. VI/1, 1. Teilband, Lieferung 1, Art. 1 und 2 (Bern 1980)
- in: Münchner Kommentar zum BGB, Bd. 1, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, §§ 1–240 (2. A., München 1984)
- Krause H. Auftragsbestätigung und Allgemeine Geschäftsbedingungen, BB 1952 996 ff.
- Kuchinke K. Zur Dogmatik des Bestätigungsschreibens, JZ 1965 167 ff.
- Lieb M. Anmerkungen zum Urteil des BGH vom 9. Juli 1970, JZ 1971 134 ff.

- Lindacher W. Folgerungen für das Regelungsproblem der AGB-Einbeziehung durch kaufmännische Bestätigungsschreiben, WM 1981 706 ff.
- Anmerkungen zum Urteil des BGH vom 9. Februar 1977, JZ 1977 603 ff.
- Liver P. Berner Kommentar, Einleitungsband, Art. 5 ZGB (Bern 1962)
- Locher H. Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (München 1980)
- de Lousanoff O. Neues zur Wirksamkeit des Eigentumsvorbehaltes bei kollidierenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen, NJW 1985 2921 ff.
- Die Wirksamkeit des Eigentumsvorbehaltes bei kollidierenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen, NJW 1982 1727 ff.
- Löwe/v. Westphalen/Trinkner Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (Heidelberg 1977)
- Lukes R. Grundprobleme der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, JuS 1961 301 ff.
- Marti H.P. Allgemeine Lieferbedingungen – warum?, SJZ 66 1970 161 ff.
- Mayer K. Der Eigentumsvorbehalt bei sich widersprechenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen, NJW 1978 1037 ff.
- Meier-Hayoz A. Berner Kommentar, Einleitungsband, Art. 1 ZGB (Bern 1962)
- Das Vertrauensprinzip bei Vertragsabschluss (Diss. Zürich 1948)
- Merz H. (1) Massenvertrag und Allgemeine Geschäftsbedingungen, in: Festschrift Schönenberger (Freiburg 1968), 137 ff. (auch in: Ausgewählte Abhandlungen zum Privat- und Kartellrecht, Bern 1977, 313 ff.)
- (2) Die richterliche Kontrolle von AGB, in: Arbeiten zur Rechtsvergleichung, Bd. 41 (Frankfurt/Berlin 1968), 67 ff.
- Berner Kommentar, Einleitungsband, Art. 2 ZGB (Bern 1962)
- Nägeli W. Allgemeine Geschäftsbedingungen (Diss. Zürich 1951)
- Nordmann Ph. Le contrat d'adhésion, abus et remèdes (Diss. Lausanne 1974)
- Oftinger K. (1) Bundesgerichtspraxis zum Allgemeinen Teil des Schweizerischen Obligationenrechts (2. A., Zürich 1973)

- Oftinger K. (2) Die ungelesen unterzeichnete Urkunde und verwandte Tatbestände, in: Festschrift Simonius (Basel 1955), 267 ff.
- Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, Kurzkomentar (36. A., München 1977)
(zit. Palandt/Bearbeiter)
- Piotet P. La formation du contrat en doctrine générale et en droit privé suisse (Bern 1956)
- Raiser L. Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (Hamburg 1935, Nachdruck Bad Homburg 1961)
- Schläpfer M. Die Bedeutung des Schweigens bei Vertragsabschluss nach schweizerischem Recht (Diss. Zürich 1937)
- Schlechtriem P. Die Kollision von Standardbedingungen nach BGB und Einheitlichem Kaufabschlussgesetz, BB 1974 1309 ff.
- Die Kollision von Standardbedingungen beim Vertragsabschluss in Rechtswissenschaft und Gesetzgebung, in: Festschrift Wahl (München 1973), 67 ff.
(zit. Schlechtriem Fs.)
- Schlegelberger/Hefermehl Kommentar zum HGB, Bd. IV, §§ 343–372 (5. A., München 1976)
(zit. S/H)
- Schlosser/Coester-Waltjen/Graba Kommentar zum Gesetz zur Regelung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (Bielefeld 1977)
(zit. Schlosser/C-W/Graba)
- Schluep W.R. Innominatverträge, Separatdruck aus “Schweizerisches Privatrecht”, Bd. VII/1 OR – Besondere Verhältnisse, 2. Halbband (Basel/Stuttgart 1979)
- Schmid W. Zur sozialen Wirklichkeit des Vertrages (Berlin 1983)
- Schmidlin M. Berner Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Bd. VI/1, 1. Teilband, Lieferung 2, Art. 3–10 (Bern 1985)
- Das Vertrauensprinzip und die Irrtumslehre im Deutschen und Schweizerischen Recht, ZSR 89 1970 235 ff.
- Schmidt-Salzer J. (1) Allgemeine Geschäftsbedingungen (2. A., München 1977)
- (2) Auftragsbestätigung, Bestätigungsschreiben und kollidierende Allgemeine Geschäftsbedingungen, BB 1971 591 ff.
- (3) Allgemeine Geschäftsbedingungen (1. A., München 1971)
- Schönenberger/Jäggi Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Bd. V/1a, Einleitung und Kommentierung von Art. 1–17 (Zürich 1973)
(zit. S/J)

- Schroeder Dirk Die Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen nach dem AGB-Gesetz und die Rechtsgeschäftslehre (Berlin 1983)
- Schuler A. Über Grund und Grenzen der Geltung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (Diss. Zürich 1978)
(auch in: Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Heft 456, Bern 1978)
- Schulin/Vogt Tafeln zum Allgemeinen Teil des Schweizerischen Obligationenrechts (2. A., Zürich 1984)
- Staudinger/Dilcher Kommentar zum BGB, Vorbemerkungen zu §§ 116–144 (12. A., Berlin 1980)
- Staudinger/Schlösser Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Sonderausgabe aus Staudingers Kommentar zum BGB (12. A., Berlin 1980)
- Stein A. Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (Stuttgart 1977)
- Sticher W. Die Kontrolle der Allgemeinen Geschäftsbedingungen als wettbewerbsrechtliches Problem (Diss. St. Gallen 1981)
- Tengelmann Widerstreit der Einkaufs- und Verkaufsbedingungen, DB 1968 205 ff.
- Thamm M. Wirkung des Schweigens auf kaufmännische Auftragsbestätigungen hinsichtlich Geschäftsbedingungen, BB 1964 910 ff.
- von Tuhr/Escher Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. 2 (Zürich 1974 und Supplement Zürich 1984)
(zit. v. T/E)
- von Tuhr/Peter Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. 1 (Zürich 1974 und Supplement Zürich 1984)
(zit. v. T/P)
- Ulmer/Brandner/Hensen AGB-Kommentar (3. A., Köln 1978)
(zit. nach Bearbeiter)
- Vogt P. Kollidierende Allgemeine Geschäftsbedingungen, BB 1975 200 ff.
- Walchshöfer A. Das abweichende kaufmännische Bestätigungsschreiben, BB 1975 719 ff.
- Wanner O. Rechtsnatur und Verbindlichkeit der AGB der schweizerischen Grossbanken (Diss. Zürich 1938)
- Weber W. Zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, NJW 1968 1 ff.

- von Westphalen Kollision von Einkaufs- und Verkaufsbedingungen beim Vertragsschluss, DB 1976 1317 ff.
- Zindel G. Reiner Auslegungstreit und Konsensfrage, SJZ 78 1982 356 ff.
- Zunft P. Anfechtbarkeit des Schweigens auf kaufmännische Bestätigungsschreiben, NJW 1959 276 f.

Teil 1

Problemstellung, Grundlagen und Lösungsvorschläge

Abschnitt 1

Grundlegendes über Allgemeine Geschäftsbedingungen

§ 1 Funktion und Rechtsnatur Allgemeiner Geschäftsbedingungen

I. Funktion Allgemeiner Geschäftsbedingungen

1. Standardisierung des Rechtslebens

- 1 Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen entsprechen dem Bedürfnis der Wirtschaft nach rascher und vereinfachter Abwicklung der Rechtsgeschäfte¹. Der Individualvertrag wird ersetzt durch den vorgefertigten "Massenvertrag"², wodurch eine standardisierte Ordnung, die Allgemeinen Geschäftsbedingungen, zum Bestandteil einer Vielzahl einzelner Verträge wird³. AGB werden den Anforderungen der modernen Industriegesellschaft gerecht, indem sie im wesentlichen drei Funktionen erfüllen: die der Rationalisierung⁴, die der Spezialisierung⁵ und die der Interessen-⁶ und Machtdurchsetzung⁷. Bei jedem Vertrags-

1 MERZ (1) 138: "Die Ausrichtung der Wirtschaft auf das 'Massenhafte' führt notwendigerweise zum Verzicht auf Individualisierung, auf Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalles."

Vgl. auch KRAMER OR 1 N 176.

2 MERZ (1) 139: "Verträge, in denen AGB zum Vertragsinhalt geworden sind, werden Formularverträge, Standardverträge oder standardisierte Verträge, in Deutschland auch etwa Massenverträge, Serienverträge, Reihenverträge genannt."

Vgl. für weitere Differenzierungen BÜHLER SJZ 1976 2.

3 Einzelne Vertragspunkte erfahren im voraus eine generell-abstrakte Regelung im Hinblick auf eine Vielzahl von Einzelfällen, vgl. FORSTMOSER (1) 29 f.; SCHMIDT-SALZER (1) A. 2, C. 4.

4 Vgl. BAUDENBACHER 226 ff.; BÜHLER SJZ 1976 4; FORSTMOSER (1) 30 f.; GIGER 25; KRAMER OR 1 N 177.

5 Rechtsgebiete mit ungenügender oder unzweckmässiger dispositiver Gesetzesregelung erfahren durch AGB eine detaillierte Normierung, vgl. BAUDENBACHER 231 ff.; FORSTMOSER (1) 31.

Daneben kommt den AGB auch individualkonkretisierende Funktion zu, vgl. SCHLOSSER/C-W/GRABA AGBG 4 N 15.

6 AGB werden u.a. statuiert, um den eigenen Interessen gegenüber denen des Vertragspartners zum Durchbruch zu verhelfen.

MARTI SJZ 1970 162: "Es liegt in der Natur der Sache, dass die Allgemeinen Geschäftsbedingungen in erster Linie darauf bedacht sind, die Interessen der Lieferanten zu wahren, ..." "Aus dieser Tatsache kann jedoch nicht gefolgert werden, dass sie den Lieferanten einseitig bevorteilen."

Vgl. auch FORSTMOSER (1) 31 f.; KRAMER OR 1 N 178.

7 Vgl. statt vieler FORSTMOSER (1) 32: Die Machtfunktion besteht v.a. darin, dass der Kontrahent nur die Wahl hat, entweder den Vertrag zu den AGB als Ganzes zu akzep-

schluss jedoch bestehen neben dem vorformulierten Teil, der sich auf die einzelnen Modalitäten bzw. Vertragsbedingungen bezieht, Individualabreden, die sich minimal auf die Bestimmung einer Vertragspartei beziehen müssen, meist aber auch den Vertragsgegenstand und den Preis beinhalten⁸.

2. Konsumenten- und Unternehmer-AGB

- 2 Die AGB lassen sich in zwei Gruppen einteilen, welche in der Folge unterschiedliche Behandlungen bezüglich ihrer Gültigkeit erfahren. Von Konsumenten-AGB (Verbraucher- oder Kunden-AGB) spricht man bei Vertragsverhältnissen zwischen privaten Haushaltungen und kaufmännischen Unternehmungen einerseits, von Unternehmer-AGB bei branchenkundigen und geschäftserfahrenen Vertragspartnern andererseits⁹.
- 3 Es stellt sich die Frage, nach welchen Kriterien sich die subjektive Unternehmer- bzw. Kaufmannseigenschaft bestimmt, welche für Geschäftserfahrenheit und Rechtskenntnis bürgt. Die Bestimmung dieser subjektiven Eigenschaft der Kontrahenten sollte nicht nach formalen, sondern nach funktionalen Kriterien erfolgen. Richtschnur hat die Tätigkeit der fraglichen Kontrahenten im betreffenden Geschäftsbereich darzustellen¹⁰. Es ist demnach immer dann von Unternehmer-AGB zu sprechen, wenn diese eine rechtsgeschäftliche Tätigkeit Geschäftserfahrener regeln und diese Tätigkeit zudem in den angestammten Wirkungsbereich beider Parteien fällt.
- 4 Die in der Schweiz geltende Dogmatik und Praxis erfährt im Hinblick auf Gerichtsstandsklauseln in AGB eine umfassende Darstellung bei Giger¹¹. Ihr ist folgendes zu entnehmen: Bezüglich der Terminologie herrscht in der bundesgerichtlichen Praxis keine Einheitlichkeit, was ihrer Verwendung eher abträglich

tieren oder gänzlich auf den Vertragsschluss zu verzichten. Es erfolgt demnach keine eigentliche Vereinbarung, sondern vielmehr eine Unterwerfung.

In dieser Situation finden sich v.a. Kunden marktstarker Unternehmungen, indem sie gezwungen sind, deren AGB zu akzeptieren oder auf den Vertragsschluss zu verzichten (z.B. Bankkunden).

8 Vgl. S/J OR I N 431; BUCHER 131 a).

9 Vgl. GIGER 50 II; MERZ (I) 160.

10 Bei dieser funktionalen Qualifikation werden auch geschäftsgewandte Parteien des nicht kaufmännischen Verkehrs erfasst, vgl. S/J OR 6 N 100; KELLER/SCHÖBI 16; NÄGELI 258; OFTINGER 17; G/S/J N 851.

Dieses funktionale Kriterium ist sodann auch erfüllt, wenn der Kontrahent vorgibt, in einem bestimmten Geschäftskreis tätig zu sein. Das funktionale Kriterium wurzelt im Vertrauensprinzip. Entscheidend ist, ob der eine Vertragspartner vom anderen in einem bestimmten Bereich als geschäftserfahren angesehen werden darf, vgl. dazu SCHLOSSER/C-W/GRABA AGBG 2 N 91; STAUDINGER/SCHLOSSER AGBG 2 N 63; DIEDERICHSEN JuS 1966 138 I.Sp.; HABERKORN MRD 1968 110 I.Sp.

11 Vgl. GIGER 115 123, der eine genaue Analyse des Terminus "Kaufmann" und der Qualifizierung "geschäftserfahren" anhand der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und ihrer Praxisänderung in BGE 104 Ia 278 ff. vornimmt.

ist¹². Seit BGE 104 Ia 278 wurde das formale Kriterium der “Kaufmannseigenschaft” durch die funktionalen Kriterien der “Geschäftserfahrung” und der “Rechtskunde” ersetzt. Diese neuen Kriterien erfahren bei Giger eine sorgfältige Analyse¹³, die zum Resultat führt, dass Geschäftserfahrung und Rechtskunde kumulativ vorzusetzen sind. Dies ist verständlich, da für jede rechtsgeschäftliche Tätigkeit sowohl wirtschaftliche wie auch rechtliche Momente bestimmend sind.

5 Auf jeden Fall ist – und dies ist für die vorliegende Arbeit, in der es ganz allgemein um die Qualifikation der Kontrahenten geht, entscheidend – durch die Abkehr von der formalen Beurteilung nach der Kaufmannseigenschaft Raum für eine flexible und funktionale Beurteilung geschaffen worden, die sich aus der Sicht des Vertrauensprinzips bestimmt¹⁴. Geschäftserfahrung und Rechtskunde kommen den Vertragspartnern sicherlich immer dann zu, wenn der Vertragsschluss in einen Geschäftsbereich fällt, in welchem beide Parteien beheimatet sind. Diese Tatsache ist leicht in Erfahrung zu bringen, und auf sie darf der Vertragspartner sich verlassen.

6 Die eben dargelegte Differenzierung hat ihre Bedeutung bei der Frage nach der Inkorporation von AGB in den Einzelvertrag. Bezüglich der stillschweigenden Einbeziehung von AGB in den Einzelvertrag besteht je nach Qualifikation der Parteien eine unterschiedliche Vertrauenslage (vgl. BGE 77 II 154 ff.)¹⁵. Aufgrund des Vertrauensprinzips bestimmt sich die Zurechenbarkeit einer Willenserklärung danach, wie der jeweilige Empfänger diese nach den konkreten Umständen objektiv verstehen musste und durfte¹⁶. Dabei kommt es neben den objektiven Umständen eben auch auf die subjektiven Eigenschaften des Empfängers an, auf seine Geschäftserfahrung und Rechtskunde. Unter rechtskundigen Geschäftserfahrenen kann aufgrund normativer Auslegung, falls die objektiven Voraussetzungen erfüllt sind, gegebenenfalls eine stillschweigende Vereinbarung von AGB angenommen werden¹⁷.

12 GIGER 116 a, 119 bb, 120: Bis zum Entscheid BGE 104 Ia 278 ff. sind die Wendungen “kaufmännischer Verkehr”, “Kaufmann” und “Geschäftsmann” anzutreffen. Der eben genannte Entscheid führte dann den Begriff vom “geschäftserfahrenen und rechtskundigen Vertragspartner” ein. Eine Zuordnung der Begriffe der alten zu denjenigen der neuen Terminologie kann nicht erfolgen, vgl. GIGER 121.

13 Zum Kriterium “geschäftserfahren und rechtskundig” vgl. GIGER 117 b und 118 FN 391.

14 Vgl. auch GIGER 123.

15 Siehe auch FORSTMOSER (1) 35 ff.; GIGER 50 ff.

16 Vgl. Allgemeines dazu bei S/J OR 1 N 195 ff.; KRAMER OR 1 N 37.

17 Bsp. hierzu bei FORSTMOSER (1) 36 f.; vgl. im weiteren BGE 77 II 154 ff.

II. Rechtsnatur Allgemeiner Geschäftsbedingungen

1. Rechtsbegriff und Definition

- 7 AGB stellen eine durch einen oder mehrere Rechtsgenossen ausgearbeitete, im voraus formulierte Regelung gewisser Punkte dar, die en bloc – und nicht aufgrund der Aushandlung einzelner Bedingungen – durch diesbezügliche Einigung zum Bestandteil einer Vielzahl von Individualverträgen werden¹⁸. Unter AGB sind folglich generell-abstrakte Regelungen zu verstehen: generell, da kein Bezug auf einen individuellen Vertragspartner darin enthalten ist, abstrakt, da kein Bezug auf einen konkreten Vertragsabschluss erfolgt¹⁹.

2. Geltungsgrund

- 8 Aufgrund der eben statuierten Definition ist zu erkennen, dass AGB Gegenstand vertraglicher Vereinbarungen darstellen. Wenn auch keine Aushandlung der AGB stattfindet, so müssen jene Normen doch vom Konsens erfasst werden; der Vertragspartner hat ihnen ausdrücklich oder stillschweigend zuzustimmen²⁰.

2.1. Faktisch gesetzesequalende Wirkung

- 9 Eine faktisch gesetzesequalende Wirkung kommt den AGB zu, indem sie die Privatautonomie in dem Sinne einschränken²¹, als dass dem Vertragspartner partiell die Mitwirkung bei der Ausgestaltung der Vertragsbedingungen entzogen ist. Ihm bleibt einzig zu entscheiden, zu besagten Bedingungen in den Vertragsabschluss einzuwilligen oder darauf zu verzichten²². Die AGB wirken durch ihre

18 Diese Definition enthält alle die AGB bezeichnenden Momente:

- vorformulierte, standardisierte Ordnung gewisser Vertragsbereiche
- Einigung über AGB als Ganzes, kein Ringen um einzelne Punkte
- AGB sind für eine Vielzahl von Verträgen geschaffen.

Zusammenstellung weiterer Definitionen bei FORSTMOSER (1) 29 FN 26.

Legaldefinition für die BRD in AGBG § 1.

Vgl. im weiteren SCHMIDT-SALZER (1) B. 10; WEBER NJW 1968 2.

- 19 Das Kriterium der generell-abstrakten Regelung ist für die Qualifizierung der AGB begriffsnotwendig. Die rein subjektive, aber äusserlich nicht erkennbare Absicht, mehrere Verträge zu den gleichen Bedingungen zu schliessen, genügt dieser Forderung nicht, vgl. SCHULER 16.

- 20 Vgl. dazu S/J OR 1 N 476; KRAMER OR 1 N 184; BUCHER 133; FORSTMOSER (1) 29 f.; SCHULER 64; MERZ (1) 147; NÄGELI 16; GAUCH, Werkvertrag N 159 ff.

- 21 Vgl. KRAMER OR 1 N 183.

- 22 FORSTMOSER (1) 32: Der Kunde befindet sich in einer "Take-it-or-leave-it"-Position. Dabei ist allerdings zu beachten, dass kein Unternehmer verpflichtet ist, jedem Kunden gegenüber die AGB in gleicher Weise anzuwenden. Es steht ihm vielmehr frei, im Inter-

Unveränderlichkeit aufgrund ihrer generell-abstrakten Konzeption dem Vertragspartner gegenüber wie gesetzliche Normen²³.

- 10 Von den Normen des objektiven Rechts unterscheiden sich AGB aber dadurch, dass ihre Geltung im Vertrag den Einbezug durch die Parteien voraussetzt²⁴. Im weiteren besteht auch ein substantieller Unterschied zwischen objektivem Recht und einseitig statuierten AGB. Während der staatliche Gesetzgeber Normen statuiert, welche einem Interessenausgleich zwischen den Vertragsparteien mehr oder weniger gerecht werden, diktiert der private Unternehmer Normen, die soweit wie möglich – etwa gerade so weit, wie sie nicht vertragshemmend wirken – einseitig der Durchsetzung der eigenen Interessen dienen²⁵.

2.2. Privatautonomie und Normsetzungsbefugnis

- 11 Die AGB fassen auf rechtsgeschäftlicher Grundlage. Den Parteien kommt aufgrund der Privatautonomie Normsetzungsbefugnis zu²⁶. Dies wird als “Vertragstheorie” bezeichnet, im Gegensatz zur “Normentheorie”, nach welcher den AGB gesetzessgleiche Funktion zukommt²⁷. Die Geltung der AGB setzt also stets einen diesbezüglichen Konsens voraus²⁸. Der Konsens kann sich in einem Übernahmevertrag, einer vertraglichen Verweisung oder in einer Unterwerfung unter die gegnerischen AGB äussern²⁹.

esse des Zustandekommens des Vertrages von seinen AGB abzuweichen, um so allenfalls dem Vertragspartner entgegenzukommen, vgl. S/J OR I N 442.

23 Vgl. KRAMER OR I N 183.

24 SCHULER 64: “Dies zeigt, dass sich die Allgemeinen Geschäftsbedingungen nur in ihrem Ursprung, in ihren Geltungsvoraussetzungen, nicht aber in ihrer Normennatur prinzipiell von objektivem Recht unterscheiden. AGB können daher vorläufig als vereinbarte Normen qualifiziert werden.”

25 Zur Interessenlage der Parteien vgl. GIGER 26; zur einseitigen Anordnung vgl. BUCHER 131 b).

Vgl. dazu auch MARTI SJZ 1970 162 in FN 6.

26 Vgl. GIGER 26.

27 Detailliert dazu GIGER 27; zur Normentheorie vgl. SCHULER 49 ff.

28 Vgl. KRAMER OR I N 184; MERZ (1) 144; NÄGELI 16; G/S/J N 831.

29 Vgl. KRAMER OR I N 184.

§ 2 Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen in den Einzelvertrag

I. Konsens bezüglich Allgemeiner Geschäftsbedingungen

- 12 Obwohl die AGB nicht das Resultat individueller Absprachen sind, sondern eine einseitige Anordnung darstellen³⁰, hat die Verweisung auf dieselben grundsätzlich vor Vertragsschluss zu erfolgen, damit sie vom Konsens erfasst werden³¹.

1. Ausdrückliche Übernahme von AGB

- 13 Bei der ausdrücklichen Übernahme Allgemeiner Geschäftsbedingungen ist es allerdings nicht erforderlich, dass dem Vertragspartner vor Vertragsschluss die entsprechenden AGB überreicht worden sind; die Möglichkeit der Kenntnisnahme ist ausreichend³². Dieser Grundsatz ist jedoch unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensprinzips zu betrachten. Absolute Gültigkeit ist ihm nur bei rechtskundigen Geschäftserfahrenen zuzugestehen³³.

1.1. Vollakzept

- 14 Der Übernahme durch eine Vollerklärung geht eine detaillierte Prüfung der einzelnen Klauseln der AGB voraus³⁴, so dass der Erklärende in genauer Kenntnis der Bedingungen diesen zustimmt. Die Zustimmung dazu kann auf verschiedene Arten erfolgen³⁵.

30 Vgl. BUCHER 131 b).

31 Vgl. NÄGELI 255; FORSTMOSER (1) 39; GIGER 58.

32 Vgl. S/J OR 1 N 457; GIGER 52 f.; FORSTMOSER (1) 38 f.; MERZ (1) 147.

33 FORSTMOSER (1) 39; "Im Verkehr mit geschäftlich nicht erfahrenen Vertragspartnern dürfte dagegen die bloße Möglichkeit, vom Inhalt Kenntnis zu nehmen, nicht ohne weiteres ausreichen." Vgl. auch GIGER 52 f.; NÄGELI 255 ff.

34 Vgl. GIGER 54; S/J OR 1 N 461; SCHULER 66, 84.

35 Vgl. KRAMER OR 1 N 188.

Von der Art der Übernahme ist die Form der Übernahme zu unterscheiden, vgl. dazu S/J OR 1 N 447 ff. Die ausdrückliche Übernahme von AGB kann in einem individuellen Vertrag oder in der Unterzeichnung eines Formulars, das AGB enthält oder auf solche verweist, bestehen. Diese eben beschriebenen Formen der Übernahme kommen sowohl bei der Einzel- wie auch bei der Globalübernahme vor, vgl. S/J OR 1 N 465.

Der Anschlag von AGB in einem Geschäftslokal stellt einen konkludenten Verweis auf AGB dar, vgl. SCHULER 94 f. Wird jedoch auf ihn verwiesen, so handelt es sich um eine ausdrückliche Übernahme, vgl. KRAMER OR 1 N 188.

1.2. Globalakzept

- 15 Der Empfänger kann die AGB als Ganzes rechtsgültig akzeptieren, ohne sich über die einzelnen Klauseln Kenntnis verschafft zu haben³⁶. Mit der Globalerklärung wird ein genereller Einbezugswille bekundet. Aufgrund der Interpretation nach dem Vertrauensprinzip wird der Erklärung jede einzelne Klausel der AGB zugerechnet³⁷. Diese generelle Zurechnung erfährt eine Schranke durch die sogenannte Geltungskontrolle, die einen gewissen Vertrauensschutz des global Erklärenden beinhaltet (N 24). Beim Vollakzept ist eine solche Schranke hin-fällig, da den AGB mit Wissen um die einzelnen Klauseln zugestimmt wird. Des-halb kommt der Qualifikation, ob in casu eine Voll- oder eine Globalerklärung vorliegt, Bedeutung zu. Die Vermutung spricht nicht für die Vollerklärung. Eine solche ist nur anzunehmen, wenn feststeht, dass der Erklärende in Kenntnis der einzelnen Klauseln zugestimmt hat³⁸.

1.3. Rahmenverträge

- 16 Die Vereinbarung, mittels Rahmenvertrags gewisse Geschäfte zu bestimmten Bedingungen abzuschliessen, stellt einen Fall einer ausdrücklichen Übernahme von AGB dar³⁹. In diesem Bereich sind sowohl Voll- wie auch Globalakzept denkbar. Wahrscheinlicher dürfte die Situation des Vollakzeptes sein: Legt man seinen künftigen Rechtsgeschäften Bedingungen zugrunde, wird man deren Inhalt auch zur Kenntnis nehmen und prüfen, statt diese unbesehen zu über-nehmen (vgl. Fallkonstellationen dazu in § 18 II.).

36 Vgl. GIGER 55; KRAMER OR 1 N 190; S/J OR 1 N 462 ff.; SCHULER 66 f.

Es wird sich regelmässig um eine einseitige Globalerklärung handeln, jedenfalls im Be-reich der "Kunden-AGB". Das bedeutet, dass nur eine Partei einen Globalakzept abgibt (Kunde), währenddem der anderen Partei der Inhalt im einzelnen bekannt ist, vgl. S/J OR 1 N 467.

37 Vgl. OFTINGER (2) 263 ff.; GIGER 55; KRAMER OR 1 N 190; S/J OR 1 N 462 ff., v.a. N 487.

BGE 64 II 357: "Denn wer ein Schriftstück unterschreibt und damit einem anderen eine Erklärung abgeben will, ohne sich um dessen Inhalt zu kümmern, muss dieses gegen sich gelten lassen, sofern nicht dem Empfänger bekannt war oder nach der Erfahrung des Lebens vernünftigerweise bekannt sein musste, dass der Erklärungsinhalt nicht gewollt sei ..."

38 S/J OR 1 N 508.

39 Vgl. vorerst KRAMER OR 1 N 189; SCHMIDLIN OR 6 N 44 ff.; SCHULER 98 ff.; GIGER 60; FORSTMOSER (1) 40.

Detaillierte und themenbezogene Ausführungen in § 18 II.

2. Konkludente Übernahme von AGB

- 17 Es sind unterschiedliche Konstellationen konkludenter Übernahme von AGB denkbar. Die meistverbreiteten sind die Folgenden: Auf eine ausdrückliche Offerte folgt ein konkludentes Akzept; oder einer konkludenten Offerte steht auch ein konkludentes Akzept gegenüber⁴⁰.

2.1. Konkludentes Akzept

- 18 Stillschweigen ist grundsätzlich nicht als konkludente Annahme zu werten⁴¹. Der Zuzug des Vertrauensprinzips gibt Aufschluss über eine mögliche stillschweigende Einbeziehung von AGB im konkreten Fall. Es müssen einerseits objektive Voraussetzungen (diese ergeben sich aus den konkreten Umständen des Einzelfalles), andererseits subjektive Voraussetzungen (Rechtskunde und Geschäftserfahrung des Empfängers, vgl. N 5 f.) erfüllt sein, damit der Verwender der AGB im Schweigen des Vertragspartners Zustimmung erblicken darf⁴².
- 19 Ein stillschweigendes Einverständnis kann bei Verträgen zwischen Unternehmen und Privaten (Konsumenten-AGB, vgl. N 2) i.d.R. nicht angenommen werden. Es wird zumeist an der subjektiven Voraussetzung fehlen: Wegen der mangelnden Geschäftserfahrung und Rechtskunde des Konsumenten in diesen Belangen kann vom Unternehmer in guten Treuen nicht angenommen werden, der Konsument hätte bei Ablehnung der AGB diesen widersprochen⁴³. Bei Ver-

40 Siehe auch GIGER 57 und 59.

41 Dies wird in OR 6 deutlich. Dieser Artikel fordert für eine stillschweigende Annahme zusätzliche Voraussetzungen.

Vgl. GIGER 57; KRAMER OR 1 N 192; S/J OR 6 N 4; BECKER OR 1 N 39; FORSTMOSER (1) 35 f.; NÄGELI 233 ff.

42 Zum Vertrauensprinzip vgl. KRAMER OR 1 N 193.

Sowohl die objektiven wie auch die subjektiven Voraussetzungen sind Ausfluss des Vertrauensprinzips, denn die konkrete Vertrauenssituation setzt sich aus sachlichen sowie aus personellen Umständen zusammen.

KLEINER 10 stellt eine generelle Präsumtion auf, "wonach derjenige, der einen Vertrag mit einem Partner schliesst, der erfahrungsgemäss nur gestützt auf Geschäftsbedingungen kontrahiert, sich den darin enthaltenen Regeln unterwirft". Nach dieser Formel werden gar keine vertrauenstheoretischen situationsabhängigen Überlegungen vorgenommen. Namentlich die subjektive Voraussetzung, die persönlichen Eigenschaften des Kunden (seine Geschäfts- und Rechtserfahrung), wird ausser acht gelassen. Kritik hierzu bei MERZ (1) 144 f.; SCHULER 107; FORSTMOSER (1) 35; vgl. auch NÄGELI 243 ff.

43 Aufgrund dieser zumeist in der eben beschriebenen Form anzutreffenden Verhältnisse wird von KRAMER OR 1 N 195 der Standpunkt erwogen, "dass AGB gegenüber Vertragspartnern, die nicht geschäftskundige Kaufleute sind, grundsätzlich nur aufgrund eines bei Vertragsschluss erfolgten ausdrücklichen (vom Kunden akzeptierten) Verweises des Aufstellers auf seine AGB wirksam werden können". Vgl. auch KRAMER OR 1 N 197 f.

Ähnlich, aber nicht so bestimmt: FORSTMOSER (1) 35 f.; GIGER 57 f.

Bei GIGER 57 findet sich jedoch ein gelungenes Beispiel von einem stillschweigenden Einbezug von AGB im Verhältnis zwischen Unternehmer und Kunden: "Eine Wertung

trägen zwischen rechtskundigen Geschäftserfahrenen (Unternehmer-AGB, vgl. N 2) bedarf die objektive Voraussetzung des stillschweigenden Einbezugs von AGB der näheren Betrachtung. Die konkreten Umstände des Einzelfalles haben so beschaffen zu sein, dass der Empfänger aufgrund der ihm nach dem Vertrauensprinzip zumutbaren Sorgfalt vom Verweisierungswillen des Vertragspartners wusste oder hätte wissen müssen. Dies kann dann gegeben sein, wenn das betreffende Rechtsgeschäft in den angestammten Wirkungsbereich beider Kontrahenten fällt⁴⁴.

2.2. Bestehende Geschäftsbeziehungen

- 20 Vertragstechnisch betrachtet handelt es sich beim Einbezug von AGB aufgrund bestehender Geschäftsbeziehungen um den Fall einer beidseitig konkludenten Abrede⁴⁵. Die Auslegung der Willenserklärungen aufgrund der konkreten Umstände hat im Einzelfall darüber Auskunft zu geben, ob die Parteien stillschweigend die Geltung gewisser AGB übereinstimmend voraussetzen (vgl. BGE 77 II 156). Bestimmend dabei ist namentlich der Umstand, dass bestehende Geschäftsbeziehungen ein Vertrauensverhältnis schaffen, das über die einzelnen Geschäfte hinaus weiterreicht. Die vertrauenstheoretischen Abwägungen umfassen auch hier subjektive und objektive Voraussetzungen (vgl. oben N 18 f.)⁴⁶. Was die objektiven Voraussetzungen betrifft, so haben wiederholte Vertragsabschlüsse vorzuliegen, die in gleicher Weise – eben unter Einbezug derselben AGB – getätigt worden sind⁴⁷. Dies gibt sodann Anlass zur Annahme, dass weitere Geschäfte dieser Art wiederum unter Einbezug derselben AGB getätigt werden, falls seit dem letzten Vertrag in der Abschlusskette nicht allzuviel Zeit vergangen ist⁴⁸.

des Stillschweigens als Akzept gemäss OR 6 rechtfertigt sich beispielsweise dann, wenn der Offertent dem Kunden einen Text mit seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen überreicht und gleichzeitig unmissverständlich klar macht, dass Geschäftsabschlüsse einzig auf ihrer Basis getätigt werden.”

- 44 Nicht erforderlich ist, dass der stillschweigend zustimmende Vertragspartner die einzelnen Klauseln der Bedingung kennt. Es genügt die Kenntnis des Bestandes der AGB. Dies i.S. eines stillschweigenden Globalakzepts. Vgl. dazu S/J OR 1 N 456. Es muss jedoch die Möglichkeit der Kenntnisnahme bestehen, die in der Folge aber nicht ausgeschöpft zu werden braucht (vgl. BGE 77 II 156).

- 45 Vgl. auch GIGER 59.

Genauere Betrachtungen in § 18 I.

SCHROEDER 72: “Die blosse Existenz einer laufenden Geschäftsbeziehung zwischen den Parteien genügt nie allein, um die AGB zum Vertragsinhalt zu machen. Haben die Parteien keine Rahmenvereinbarung getroffen, müssen sie die AGB durch Rechtsgeschäft, also mindestens durch schlüssige Bezugnahme vereinbaren.” Vgl. auch SCHLOSSER/C-W/GRABA AGBG 2 N 84; STAUDINGER/SCHLOSSER AGBG 2 N 60.

- 46 Vgl. statt vieler SCHULER 99: Dort wird zwar keine explizite Unterscheidung objektiver und subjektiver Vertrauensvoraussetzungen vorgenommen, jedoch ein detaillierter Katalog von Voraussetzungen aufgestellt, welche nach Treu und Glauben für die Zugrundelegung von AGB im Einzelvertrag gegeben sein müssen.

- 47 Vgl. SCHMIDLIN OR 6 N 49; KRAMER OR 1 N 198; MERZ 147; SCHLÄPFER 71; BUCHER 116.

- 48 Vgl. SCHULER 99.

- 21 Klarheit bezüglich der objektiven Voraussetzungen der vertrauensrechtlichen Abwägungen wird durch Übergabe von AGB zu Beginn einer Dauerbeziehung geschaffen⁴⁹. Die Übergabe der AGB ist m.E. als Offerte zum Abschluss eines Rahmenvertrages zu verstehen. Handelt es sich beim Empfänger um einen rechtskundigen Geschäftsführer, so kommt der Rahmenvertrag auch ohne seine ausdrückliche Zustimmung zustande, falls beide Parteien übereinstimmend von länger dauernden Vertragsbeziehungen ausgehen. Dies sollte auch für Geschäftsunerfahrene gelten, ist doch der Einbezugswille des Offerenten diesfalls grundsätzlich auch einem Laien erkennbar⁵⁰ (vgl. Fallkonstellationen dazu in § 18 I.).

2.3. Geltung kraft Verkehrssitte

- 22 Vgl. hierzu die Ausführung in § 19.

II. Geltungs- und Inhaltskontrolle als Schranken vertraglich vereinbarter Allgemeiner Geschäftsbedingungen

1. Kontrolle der Wirksamkeit von AGB

- 23 Im folgenden soll nur so weit auf Problemkreise betreffend die Kontrolle von AGB eingegangen werden, wie dies für die vorliegende Arbeit von Belang ist. Auch wenn die AGB vom Konsens entweder ausdrücklich oder stillschweigend erfasst werden, so bedeutet dies nicht unbedingt, dass ihnen endgültige Geltung im Vertrag zukommt⁵¹. Die Inkorporation der AGB in den Einzelvertrag unterliegt gewissen Schranken, die in der Geltungskontrolle (zweiter Prüfungsschritt) und in der Inhaltskontrolle formuliert sind.

1.1. Geltungskontrolle

- 24 Die Geltungskontrolle umfasst zwei Prüfungsschritte und kommt nur in Fallsituationen des Globalakzeptes zur Anwendung (vgl. N 15).
- 25 In einem ersten Prüfungsschritt wird abgeklärt, ob die AGB als Ganzes (en bloc) vom Konsens erfasst und somit dem Vertrag inkorporiert worden sind. Bei

49 GIGER 60; FORSTMOSER (1) 40.

50 Ebenso GIGER 60; MERZ 147; FORSTMOSER (1) 36 f., 40; a.M. KRAMER OR 1 N 194.

51 Vgl. SCHULER 113; GIGER 29; GAUCH, Werkvertrag N 162.

Da das geltende Vertragsrecht für den Individualvertrag und nicht für den Standardvertrag (bzw. AGB) konzipiert wurde, sind für die Behandlung der Problemkreise um AGB von der Lehre und der Praxis besondere Regeln entwickelt worden.

der Vollerklärung besteht hierzu kein Anlass, da die Annahme der AGB in Kenntnis der einzelnen Klauseln erfolgt ist⁵². (Zu den Voraussetzungen des Einbezugs von AGB in den Einzelvertrag vgl. die vorhergehenden Ausführungen in § 2 I.)

- 26 In einem zweiten Prüfungsschritt im Rahmen der Geltungskontrolle wird die Gültigkeit einzelner AGB-Klauseln überprüft. Dies ist wiederum einzig bei der Globalerklärung erforderlich⁵³. Obwohl sich die Globalerklärung auf die AGB insgesamt bezieht, so bedeutet dies aber nicht, dass zwingend alle Klauseln vom Konsens erfasst werden. Überraschende und ungewöhnliche Klauseln sind dem Erklärenden i.S. eines Vertrauensschutzes nicht zurechenbar⁵⁴.

1.2. Inhaltskontrolle

- 27 Diese zweite Prüfung, der die AGB unterzogen werden, betrifft nicht mehr Fragen des Konsenses, der Einbeziehung von AGB in den Einzelvertrag. Gegenstand der Inhaltskontrolle ist die Ungültigerklärung einzelner AGB-Klauseln, die sich als inhaltlich unangemessen und unbillig erweisen⁵⁵. Betrachtungen dieser Art über AGB werden jedoch von der Thematik der vorliegenden Arbeit nicht erfasst.

2. Grundvoraussetzung des Vertrauensprinzips

- 28 Alle Voraussetzungen des Einbezugs Allgemeiner Geschäftsbedingungen in den Einzelvertrag, seien sie subjektiver oder objektiver Natur, lassen sich auf das Vertrauensprinzip zurückführen⁵⁶. Das Vertrauensprinzip – als allgemeine Regel der Interpretation von Willenserklärungen zur Bestimmung des Konsenses – kommt auch im Bereich der AGB vollumfänglich zur Anwendung, da diese auch auf rechtsgeschäftlicher Grundlage beruhen.

52 Vgl. GIGER 31, 54.

53 Vgl. GIGER 31, 54.

54 Vgl. SCHULER 118; GIGER 31 f. und 55 f.; BAUDENBACHER 267; S/J OR 1 N 498; KRAMER OR 1 N 201 ff., v.a. bez. der Ausführungen über die Gerichtsstandsklausel; FORSTMOSER (1) 44 ff.

55 Detailliert: GIGER 30 und 37 ff.; SCHULER 146 ff.; BAUDENBACHER 269; FORSTMOSER (1) 43 ff.

56 Näheres dazu bei S/J OR 1 N 181 ff.; GIGER 49 f.

Dies ist eigentlich selbstverständlich, gilt doch das Vertrauensprinzip allgemein zur Auslegung von Willenserklärungen Vertragsschliessender, unabhängig von deren Inhalte.

Wegleitung

- 29 Diese Arbeit befasst sich mit ausgesuchten Problemen, die sich beim Einbezug von AGB in den Einzelvertrag stellen können. Es handelt sich dabei um Konsensprobleme, die vom ersten Prüfungsschritt der Geltungskontrolle erfasst werden. Solche Konsensprobleme stellen sich dann, wenn es zwischen den Vertragsparteien zum Streit über Geltung oder Inhalt des Vertrages kommt. Mit dem Entscheid über den Konsens bezüglich der AGB als Ganzes ist deren Massgeblichkeit für den Einzelvertrag noch nicht endgültig entschieden. Dies stellt neben dem zweiten Prüfungsschritt der Geltungskontrolle und neben der Inhaltskontrolle nur eine erste Abklärungsstufe dar. Die endgültige Bestandeskraft des Einbezugs der AGB ist vom Ausgang einer allfälligen Berufung auf Willensmängel abhängig⁵⁷.

57 Vgl. KRAMER OR 1 N 53.

Abschnitt 2

Problemstellung

§ 3 Sonderprobleme beim Einbezug von Allgemeinen Geschäftsbedingungen in den Einzelvertrag

I. Widerspruch zwischen Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Individualvereinbarungen

30 Haben die Parteien sowohl aufgrund individueller Aushandlung als auch durch Vereinbarung bestimmter AGB dieselben Vertragspunkte geregelt, so stellt sich im Fall der Abweichung die Frage, welche Regelung im Vertrag gilt. Aufgrund vertrauens-theoretischer Überlegungen ist der tatsächliche Geschäftswille vernünftiger Parteien in der konkreten Situation zu ermitteln⁵⁸. Unter diesem Blickwinkel spricht grundsätzlich die Vermutung dafür, dass die zwischen den Parteien individuell konkret ausgehandelten Klauseln den generell-abstrakten Bedingungen – die nicht speziell auf das konkrete Geschäft zugeschnitten sind – vorgehen⁵⁹. Indem die Parteien einen Bereich individuell konkret regeln, schliessen sie konkludent die Inkorporation von AGB aus. Hätten die Parteien die AGB dem Vertrag inkorporieren wollen, so wären sie nicht zu einer detaillierten Einzelabsprache geschritten. Beruft sich diesfalls eine Partei dennoch auf die Geltung der AGB, so stellt dies ein gegen Treu und Glauben verstossendes *venire contra factum proprium* dar⁶⁰.

31 Zu dieser Einbezugsproblematik sind grundsätzlich zwei Fallkonstellationen denkbar. Die abweichende Individualvereinbarung kann sowohl nach wie auch vor dem Einbezug der AGB erfolgen.

32 – Zur nachfolgenden abweichenden Individualvereinbarung

Rechtlich bedeutet die nachfolgende abweichende Einigung die Annahme einer neuen von den AGB abweichenden Partialofferte. Eines ausdrücklichen

58 Vgl. Allgemeines bei S/J OR 1 N 195 f.; KRAMER OR 1 N 37.

59 Die herrschende Lehre spricht sich für den grundsätzlichen Vorrang der Einzelabrede vor den AGB-Klauseln aus, falls im einzelnen Abweichungen bestehen: NÄGELI 293 f.; SCHULER 120 ff.; S/J OR 1 N 491 ff.; KRAMER OR 1 N 210 ff.; GIGER 67 f.; J/G OR 18 N 471; FORSTMOSE (1) 44; MERZ (1) 153; ULMER AGBG 4 N 13; SCHMIDT-SALZER (1) E. 4 ff.

Gl.M. RAISER 231, aber mit anderer Begründung: “*lex specialis derogat lege generali*”. Dieser Begründung fehlt die innere Rechtfertigung. Eine solche ist nur in der Interpretation nach dem Vertrauensprinzip zu finden.

60 So KRAMER OR 1 N 210; vgl. auch MERZ ZGB 2 N 402.

Passus des Widerrufs der AGB-Klauseln bedarf es nicht. Anderslautende Klauseln gelten mit der nachfolgenden abweichenden Vereinbarung als konkludent aufgehoben⁶¹. Auch wenn die einzelnen AGB das Erfordernis der Schriftform für abweichende Individualabreden enthalten, ist nicht anders zu entscheiden (vgl. Näheres bei N 340 ff.)⁶². Nicht nur schriftliche, sondern auch mündliche Individualabreden greifen gegenüber den Schriftformvorbehalten durch.

33 — Zu nachfolgenden abweichenden AGB

Grundsätzlich sollte vorangegangenen Individualabreden immer dann Vorrang zukommen, wenn die nachfolgende Inkorporation der AGB auf Globalakzept beruht⁶³. Dies ergibt sich aus vertrauensrechtlichen Überlegungen. Ist über bestimmte Vertragspunkte nach ausführlichen Verhandlungen eine ausdrückliche Einigung erzielt worden, so darf der Verwender nachfolgender abweichender AGB im Globalakzept des Empfängers schlechthin nicht die Zustimmung zur Aufhebung der vorangegangenen Individualvereinbarung erblicken. Hierzu wäre vielmehr eine gesonderte Abrede oder das Vollakzept der AGB Voraussetzung. M.E. sind in Fallsituationen des Globalakzeptes die AGB, welche den bestehenden Individualabreden widersprechen, als überraschend und ungewöhnlich zu taxieren⁶⁴.

34 Beruhen die nachträglich in den Vertrag inkorporierten abweichenden AGB auf Vollakzept, so ist ihr Einbezug gleich wie eine Individualvereinbarung zu werten, da dieser in Kenntnis jeder einzelnen Klausel erfolgt ist. Durch die Annahme der AGB Klausel für Klausel sind ebenso wie bei der nachfolgenden Individualvereinbarung bestehende anderslautende Abreden konkludent aufgehoben.

61 Vgl. auch NÄGELI 294; SCHULER 122; S/J OR 1 N 492.

KRAMER OR 1 N 212: "Die Individualabrede hat nicht nur dann Vorrang, wenn sie im direkten Widerspruch zu einer AGB-Klausel steht, sondern auch dann, wenn die AGB-Klausel die Teleologie der Individualabrede unterlaufen würde."

62 Vgl. NÄGELI 295; SCHULER 122; S/J OR 1 N 494; KRAMER OR 1 N 213; FORSTMOSER (1) 44; GAUCH, Werkvertrag N 162, 243; ULMER AGBG 4 N 14, 29 ff.; SCHMIDT-SALZER (1) E. 16.

Das Verhalten der Parteien ist nach Treu und Glauben als konkludenter Verzicht auf die Abwehrklausel, die die Abweichung von den AGB von der Schriftform abhängig macht, zu interpretieren.

63 Ebenso NÄGELI 296 und SCHULER 122.

64 Vgl. die Geltungskontrolle N 26: Im zweiten Prüfungsschritt im Rahmen der Geltungskontrolle geht es um die Gültigkeit der einzelnen AGB-Klauseln.

II. Verweis auf Allgemeine Geschäftsbedingungen nach Vertragsabschluss

- 35 Grundsätzlich bleibt eine Verweisung auf AGB nach Vertragsabschluss wirkungslos, da sie nicht mehr vom Konsens erfasst wird⁶⁵. Ein stillschweigendes Einverständnis zur nachträglichen Verweisung ist nur ausnahmsweise in besonders gelagerten Situationen anzunehmen⁶⁶.

1. Lieferscheine, Quittungen, Rechnungen und Garantiescheine

- 36 Solche Schreiben können AGB enthalten oder es kann in ihnen auf AGB verwiesen werden. Keine rechtlichen Probleme ergeben sich, wenn diese lediglich bestehende Vereinbarungen zum Gegenstand haben⁶⁷. Beinhalten sie jedoch anderslautende Bedingungen, stellt sich die Frage nach deren Gültigkeit bei Stillschweigen des Empfängers⁶⁸. Diese AGB sind, da der Vertrag bereits zustande gekommen ist, als neue Offerte zur Änderung des Vertrages zu verstehen. Die Interpretation des Schweigens des Empfängers aufgrund des Vertrauensprinzips ergibt, dass dieses grundsätzlich nicht als Annahme aufgefasst werden darf⁶⁹; den Empfänger trifft keine Widerspruchsobliegenheit: Zum einen darf der Verwender der AGB nicht annehmen, der Empfänger stimme den vertragsändernden AGB zu (falls sie eine Benachteiligung beinhalten), zum andern ist der Empfänger nicht einmal verpflichtet, ein solches Schreiben, welches ihm nach Vertragsabschluss zugeht, zur Kenntnis zu nehmen. Daraus ergibt sich auch, dass diese nachträglich verwiesenen AGB auch für zukünftige Vertragsabschlüsse unter denselben Parteien ohne Bedeutung sind⁷⁰.
- 37 Wie ist jedoch die Frage zu entscheiden, wenn die AGB die Rechtsstellung des Empfängers (Kunden) verbessern? Eine solche Situation ist – so paradox es vorerst scheinen mag – durchaus denkbar, will z.B. der Unternehmer seine Kunden in den Genuss einer neugeschaffenen erweiterten Garantieleistung bringen, um damit Kundentreue zu bewirken. Die Begünstigung spricht unter

65 Vgl. NÄGELI 255 f.; SCHULER 96 ff.; FORSTMOSER (1) 39; SCHMIDT-SALZER D. 83.

66 Vgl. KRAMER OR 1 N 193; GIGER 57; S/J OR 6 N 4; NÄGELI 233 ff.

67 NÄGELI 256: Deklaratorische Schreiben wiederholen lediglich bestehende Vereinbarungen, währenddessen sich beim vom Verträge abweichenden Schreiben die Frage nach der Konstitutivwirkung stellt.

68 Vgl. NÄGELI 255; SCHULER 96; KRAMER OR 1 N 214; FORSTMOSER (1) 39.

69 Vgl. NÄGELI 255.

70 Vgl. KRAMER OR 1 N 214; SCHMIDT-SALZER (1) D. 84; a.M. S/J OR 1 N 458.

SCHULER 97: "Der Verwender kann deshalb aus einem darin enthaltenen Verweis auch für künftige Verträge nur dann etwas ableiten, wenn er positiv nachweist, dass die AGB dem Kunden praktisch nicht entgegen konnten. Nach dem Gesagten läuft dies auf den Beweis hinaus, dass der Kunde die AGB in der Tat gelesen hat."

dem Blickwinkel des Vertrauensprinzips für die stillschweigende Annahme. Problematisch ist einzig, dass der Empfänger solche Schreiben nicht zur Kenntnis zu nehmen braucht. Eine weitere Erörterung dieser Frage ist jedoch hinfällig, betrachtet man die praktisch möglichen Fallsituationen. Neben der individuellen Einigung regeln die AGB zumeist einzelne Vertragspunkte, wie z.B. Lieferbedingungen und Garantieleistungen, die nur Bedeutung erlangen, wenn im Rahmen der Vertragsausführung Schwierigkeiten auftreten. Spätestens bei den diesbezüglichen Auseinandersetzungen wird sich der Empfänger (Kunde) auf die stillschweigende Annahme der für ihn günstigen AGB berufen. Der Gegenpartei wird es kaum gelingen, das Gegenteil zu beweisen (vgl. FN 70). Im übrigen wäre ein solches Verhalten höchst widersprüchlich und unwahrscheinlich, entspricht es doch ihrer Absicht, den Kunden besserzustellen. Kommt es zu keiner Unregelmässigkeit bei der Durchführung des Vertrages, so ist die Feststellung über die Annahme der begünstigenden Bedingungen nur von theoretischer Bedeutung.

2. Kaufmännische Bestätigungsschreiben⁷¹

- 38 Die detaillierten Erörterungen hierzu erfolgen in § 5. Aus systematischen Gründen jedoch ist ein kurzer Hinweis auf solche Schreiben an dieser Stelle geboten. Das Bestätigungsschreiben kann grundsätzlich (wie Lieferscheine und dergleichen) in zwei Formen auftreten, denen bei Stillschweigen des Empfängers unterschiedliche Rechtsfolgen zukommen. Keine rechtlichen Konsequenzen folgen auf das deklaratorische Schreiben, das nur bestehende Vertragspunkte wiederholt. Dem Bestätigungsschreiben, welches vom Vertrag abweichende AGB-Klauseln beinhaltet (und in der Folge konstitutives oder kaufmännisches Bestätigungsschreiben genannt wird⁷²), kann bei Stillschweigen des Empfängers unter Umständen vertragsändernde Wirkung zukommen. Ob solche Umstände vorliegen, bestimmt sich in Anwendung des Vertrauensprinzips, wobei die subjektiven Voraussetzungen – die Geschäftserfahrung und die Rechtskunde des Empfängers – erfüllt sein müssen⁷³.

71 Vgl. SCHULER 100 ff.; NÄGELI 256 ff.; SCHMIDLIN OR 6 N 80 ff.; S/J OR 6 N 67 ff.; BUCHER 122; G/M/K 98; FORSTMOSER (1) 39; MERZ (1) 147.

72 Vgl. NÄGELI 256 ff.

73 Vgl. N 3 ff., 64.

III. Verweis auf Allgemeine Geschäftsbedingungen bei Vertragsabschluss

- 39 Neben dem Versuch der Einbeziehung von AGB in den Vertrag nach dessen Abschluss durch Bestätigungsschreiben kann auch bereits bei Vertragsabschluss im Akzept ein einseitiger Einbeziehungsversuch unternommen werden. Dabei stellt sich die Frage, wie nun ein Stillschweigen der Gegenpartei auf eine solche Annahme, die einen Verweis auf AGB beinhaltet, zu werten ist⁷⁴. Mittel des nachträglichen Einbezugsversuches der AGB ist hier die sogenannte modifizierte Auftragsbestätigung, ein Akzept, das inhaltlich von der Offerte abweicht⁷⁵. Grundsätzlich jedoch hat die Annahme mit dem Antrag übereinzustimmen. Wird in der Annahme eine Inhaltsänderung vorgenommen, so ist dies i.d.R. als Ablehnung der ersten Offerte, verbunden mit einer neuen Offerte, zu werten⁷⁶. Wiederum gibt die Anwendung des Vertrauensprinzips Auskunft darüber, ob der Vertrag zustande gekommen ist, und bei Bejahung dieser Frage, ob diesem die AGB zugrunde liegen (vgl. die detaillierten Ausführungen in § 6 und § 9).

IV. Verweis auf Allgemeine Geschäftsbedingungen vor Vertragsabschluss

- 40 Die Vertrauenslage – nämlich ob ein vernünftiger Verwender von AGB davon ausgehen darf, dass der Vertragspartner auch tatsächlich zu seinen Bedingungen annimmt – bestimmt sich weitgehend nach der Art der Verweisung. Es liegt ein grundlegender Unterschied darin, ob die AGB vor Vertragsschluss auf individuelle Weise ausgesuchten Personen (in Form von Empfehlungsschreiben oder Offerten) zugegangen sind oder ob eine grossangelegte Streuung ans Publikum in Zeitungen oder Reklamesendungen erfolgt ist⁷⁷. Eine individuelle Verweisung auf AGB kann in Empfehlungsschreiben oder direkt in der Offerte vorgenommen werden. Erfolgt die Verweisung auf AGB in der Offerte, so sind diese zweifellos vom Akzept erfasst, ohne dass ein besonderer Hinweis darauf notwendig ist⁷⁸.
- 41 Anders allerdings ist die Situation zu beurteilen, wenn der Verweis auf AGB einzig in einem vorgängig zugestellten individuellen Empfehlungsschreiben erfolgt und in der Offerte nicht wiederholt wird. Zu dieser Einbezugsproblematik sind grundsätzlich zwei Fallkonstellationen denkbar: Einerseits kann die Offerte vom

74 Vgl. KRAMER SJZ 1985 18 ff.; EUGSTER SJZ 1978 344 ff.; KRAMER OR 1 N 160, 216; SCHMIDLIN OR 6 N 120; GIGER 66 f.; S/J OR 1 N 458; BUCHER 137; J/G OR 18 N 469.

75 Zur Terminologie vgl. KRAMER SJZ 1985 181 Sp. oben; N 85 f.

76 Vgl. KRAMER OR 1 N 158, OR 2 N 18; S/J OR 2 N 59, OR 3 N 48; SCHMIDLIN OR 3 N 49, OR 6 N 120; G/M/K 97 f.; v.T/P 188 IV; BUCHER 108 b); KRAMER BGB 150 N 4; HGer SG GVP 1977 31 ff.

77 Vgl. SCHULER 90 ff.; NÄGELI 272 ff.

78 Vgl. SCHULER 90.

Empfänger, andererseits vom Verwender des auf AGB verweisenden Empfehlungsschreibens ausgehen.

- 42 M.E. führt eine Offerte, die sich an den Absender eines Empfehlungsschreibens richtet, ohne aber ausdrücklich auf die darin enthaltenen AGB Bezug zu nehmen, nicht zur stillschweigenden Inkorporation der AGB in den Vertrag⁷⁹. Dies ergibt sich zwingend aus vertrauens-theoretischen Überlegungen: Der Empfänger eines persönlich adressierten Empfehlungsschreibens ist in keiner Weise gehalten, von dessen Inhalt Kenntnis zu nehmen, geschweige denn ein solches in der Folge aufzubewahren, um es bei einer späteren Offertenstellung zu benutzen. Auch wenn er später eine Offerte unterbreitet, darf der Absender sich nicht darauf verlassen, dass dieser seine im Empfehlungsschreiben publizierten AGB zugrunde liegen⁸⁰. Es ist viel wahrscheinlicher, dass der Käufer durch das Empfehlungsschreiben lediglich auf das betreffende Produkt aufmerksam gemacht worden ist. Da er aber in jenem Moment noch keinen Vertragsabschluss beabsichtigt hat, wird er auch den AGB keine besondere Aufmerksamkeit geschenkt haben⁸¹.
- 43 Die eben gemachten Ausführungen gelten auch dann, wenn die Offerte vom Verwender des Empfehlungsschreibens ausgeht und darin kein erneuter Verweis auf seine AGB enthalten ist.
- 44 Im Verkehr zwischen rechtskundigen Geschäftserfahrenen jedoch darf einem Angebot, das einem Empfehlungsschreiben nachfolgt, aufgrund vertrauens-theoretischer Erwägungen je nach Umständen der stillschweigende Einbezugswille unterstellt werden⁸². Im Unterschied zu einem Privaten darf von einem Geschäftstätigen erwartet werden, dass dieser das an ihn gerichtete Empfehlungsschreiben zur Kenntnis nimmt, sofern es seinen Geschäftsbereich berührt. Dabei darf aber zwischen dem Empfang des Empfehlungsschreibens und der Stellung der Offerte nicht allzuviel Zeit verstrichen sein.
- 45 Werbeschreiben, die als Massensendungen verschickt worden sind, sind nie in der Lage, den AGB auf oben genannte Weise zur Vertragsgültigkeit zu verhelfen. Der Absender eines solchen Schreibens darf sich in keiner Weise darauf verlassen, dass der Empfänger dieses zur Kenntnis nimmt. Es gelten die gleichen ablehnenden Gründe wie beim Empfehlungsschreiben hier um so deutlicher, da

79 A.M. SCHULER 90, der bei Empfehlungsschreiben voraussetzt, dass diese i.d.R. vom Empfänger zur Kenntnis genommen werden, so dass bei dessen Stillschweigen die AGB dem nachfolgenden Verträge zugrunde zu legen sind.

80 NÄGELI 278 f.: "Denn die Pflicht des Kunden, beim Vertragsschluss eine gewisse Sorgfalt anzuwenden, beginnt eben nicht schon im Moment, wo ihm vom Un. unaufgefordert Schriftstücke zugestellt werden, sondern erst mit seinem Eintritt in Vertragsverhandlungen."

81 Ähnliche Überlegungen bei NÄGELI 277 unten und 278 oben.

82 Nur in derart gelagerten Fällen ist der Meinung SCHULERs (vgl. FN 79) beizupflichten. Hierbei sind jedoch immer die Umstände des Einzelfalles in die Überlegungen miteinzubeziehen. Es ist z.B. der Fall denkbar, in welchem das Empfehlungsschreiben einen Sortimentskatalog beinhaltet, der Bestellformulare enthält. Ganz eindeutig ist die Vertrauenslage, wenn die Bestellformulare die Lieferbedingungen enthalten und der Besteller sich dieser bei der Offerte bedient. Dies allerdings ist dann wieder ein Fall eines ausdrücklichen Einbezugs von AGB.

der AGB-Verweis sogar jeder Individualisierung entbehrt⁸³. Auch unter Geschäftserfahrenen darf bei Reklamesendungen aufgrund ihres Massencharakters nicht von der Kenntnisnahme des Empfängers ausgegangen werden.

83 Für weitere, eigentlich aber selbstverständliche Überlegungen vgl. SCHULER 91 ff.; NÄGELI 273 ff.

Einzig ein Fallbeispiel bei SCHULER 92 bedarf der Erwähnung: Nicht der Absender des Empfehlungsschreibens, sondern nur der Empfänger und spätere Offerent betrachtet die AGB als stillschweigend in den Vertrag miteinbezogen. M.E. ist der Folgerung SCHULERS in diesem Punkt zuzustimmen, dass die AGB damit Vertragsbestandteil werden. Damit muss der Verwender eines Empfehlungsschreibens rechnen.

§ 4 Bedeutung der "battle of the forms"

I. Tatbestände

1. Terminologie und Übersetzung

- 46 Der Begriff "battle of the forms" umschreibt all jene Sachverhalte, in denen es auf irgendeine Weise zur Kollision von widersprüchlichen Allgemeinen Geschäftsbedingungen kommt. Das Problem der Kollision stellt sich dann, wenn die Parteien bei ihren Vertragsbeziehungen AGB verwenden, deren Klauseln sich ganz oder teilweise widersprechen⁸⁴. Weitere Umschreibungen solcher Sachverhalte sind die folgenden: Berufung beider Parteien auf ihre eigenen AGB⁸⁵; Kollision sich widersprechender AGB⁸⁶; wechselseitige Verweisung auf unterschiedliche AGB⁸⁷; gegensätzliche Verweisung auf AGB durch Offerenten und Akzeptanten⁸⁸.
- 47 Kommt es zwischen den Parteien im Rahmen eines Vertragsverhältnisses zum Rechtsstreit, so kann sich dieser auch auf die AGB-Geltungsfrage beziehen. Dabei sind beide Parteien bemüht, den eigenen Standardbedingungen zum Durchbruch zu verhelfen⁸⁹.

2. Auftreten des Widerspruchs

2.1. Sachverhalte des Geschäftslebens

- 48 Die Kollision von Standardbedingungen bedingt deren Vorhandensein auf beiden Seiten. Dies wird wohl nur bei geschäftsmässig tätigen Parteien der Fall sein. Kunden bzw. Konsumenten werden kaum Bedingungen für ihren Rechtsverkehr mit Dritten statuieren. Es handelt sich demnach um Unternehmer-AGB (vgl. N 2 ff.). Die Unternehmereigenschaft bestimmt sich grundsätzlich nach funktionalen Kriterien. M.E. kann jedoch aus der Tatsache, dass eine Partei in einer Vertragsbeziehung AGB verwendet, absolut in einem formellen Sinne gefolgert werden, dass sie in diesem Bereich als geschäftserfahren und rechtskundig zu behandeln ist. Entscheidend ist dabei nicht nur die Tatsache, dass sie eigene Standardbedingungen besitzt, sondern auch, dass sie diese in concreto verwendet.

84 Vgl. SCHMID 100.

85 FORSTMOSER (I) 41.

86 KRAMER SJZ 1985 18 r.Sp.; ähnlich SCHLECHTRIEM Fs. 67: Die Kollision von Standardbedingungen beim Vertragsschluss.

87 GIGER 66.

88 FLUME 672; ebenso EUGSTER SJZ 1978 344.

89 Vgl. DE LOUSANOFF NJW 1985 2922 l.Sp.; ULMER/SCHMIDT JuS 1984 19 r.Sp.

Das bedeutet nichts anderes, als dass die betreffende Vertragsbeziehung in ihren angestammten Geschäftsbereich fällt, in welchem ihr zweifelsohne Geschäftserfahrung zukommt. Ihre Rechtskunde ergibt sich ohne weiteres allein daraus, dass sie AGB statuierte. Um die dispositiven Regeln durch für sie günstigere Bedingungen ersetzen zu können, musste sie sich gezwungenermaßen mit den Normen des objektiven Rechtes auseinandersetzen. Aus der Unternehmereigenschaft fließen Konsequenzen bei der Bestimmung der Vertrauenslage beim stillschweigenden Einbezug von AGB in den Einzelvertrag (vgl. N 6).

- 49 Die Problematik der “battle of the forms” tritt vornehmlich beim Warenkauf zwischen kaufmännischen Unternehmungen auf. Das ergibt sich aus Fallmaterialien deutscher Gerichte und aus Nachforschungen in Schweizer Wirtschaftskreisen⁹⁰. Der Vertragsschluss zu solchen Warenkäufen erfolgt in der Praxis grundsätzlich auf zwei Arten: Der Vertragsschluss kann einerseits mündlich, fernmündlich oder per Telex erfolgen. Die Bezugnahme auf AGB kann entweder bereits anlässlich des Vertragsabschlusses oder aber – was die Regel ist – erst nach diesem durch kaufmännische Bestätigungsschreiben einer oder beider Parteien ergehen. Andererseits kann der Vertragsschluss auch rein schriftlich durch Bestellung und Auftragsbestätigung erfolgen. Der Verweis auf AGB findet sich dabei in den meisten Fallsituationen in den Erklärungen beider Parteien, sofern es sich um Unternehmer handelt⁹¹. Vielfach wird in einer solchen Situation auf die Klärung der Frage, wessen AGB in den Vertrag einbezogen werden sollen, bewusst verzichtet, um den Vertragsschluss nicht zu gefährden. Erst wenn sich bei der Abwicklung des Vertrages Probleme ergeben, erhebt sich die Frage, ob und gegebenenfalls welche AGB Bestandteil des Vertrages geworden sind.

2.2. Bei abweichenden kaufmännischen Bestätigungsschreiben

- 50 Ein Problem der “battle of the forms” kann sich dann stellen, wenn mittels kaufmännischen Bestätigungsschreibens nach Abschluss des Vertrages versucht wird, diesem die eigenen AGB zugrunde zu legen, und die Reaktion des Vertragspartners daraufhin in Stillschweigen besteht. In Fallsituationen des einseitigen Verweises auf AGB führt der Einbeziehungsversuch nur zu einem Kollisionsproblem, wenn der Vertrag bereits AGB zum Gegenstand hat (Fallkonstellationen dazu in § 8 und § 15 II.).

Indem beide Parteien auf die eigenen AGB verweisen, widersprechen sie konkludent der Einbeziehung der gegnerischen Bedingungen. Es werden grundsätzlich weder die Bedingungen der einen noch der anderen Partei dem Vertrag in-

90 Vgl. N 210 ff., 314.

91 Der Fall, dass nur eine Partei auf ihre AGB verweist, kann zwar durchaus vorkommen, ist aber seltener anzutreffen. Vgl. BGH WM 1977 1353, einseitiger Verweis auf AGB mittels modifizierter Auftragsbestätigung.

korporiert; ein eigentliches Kollisionsproblem stellt sich bei dieser Konstellation nicht (Fallkonstellationen dazu in § 16 II.).

2.3. Bei modifizierten Auftragsbestätigungen

- 51 Zu keiner "battle of the forms" – wohl aber zu einem Einbezugsproblem – führt i.d.R. der einseitige Verweis auf AGB in der modifizierten Auftragsbestätigung (Detailliertes zur modifizierten Auftragsbestätigung in § 6, Fallkonstellationen dazu in § 12).

Kollisionsprobleme treten hauptsächlich in Situationen der beidseitigen Verweisung auf gegensätzliche AGB in Offerte und Akzept auf, wenn die Parteien es unterlassen, den Widerspruch zu klären⁹² (Detailliertes zu dieser Fallkonstellation in § 9). Die Bedingungen der Vertragsparteien werden i.d.R. nicht übereinstimmen, da mit ihnen gegensätzliche Interessen (Besteller- bzw. Lieferanteninteressen) verfolgt werden.

II. "battle of the forms" als Einbezugsproblem

- 52 Die "battle of the forms" ist ein Konsens-(Dissens-)Problem. Sie fällt unter den ersten Prüfungsschritt anlässlich der Geltungskontrolle (vgl. N 25), in welchem abgeklärt wird, ob die AGB als Ganzes vom Konsens erfasst werden. Diese Problematik stellt sich grundsätzlich nur dann, wenn der Empfänger des kaufmännischen Bestätigungsschreibens bzw. der Offerent als Empfänger der modifizierten Auftragsbestätigung der Einbeziehung der gegnerischen AGB nicht widerspricht, m.a.W. seine Reaktion in Stillschweigen besteht.

⁹² ULMER/SCHMIDT JuS 1984 19 r.Sp.: "Der Käufer bestellt zu seinen Einkaufsbedingungen, während der Verkäufer unter Bezugnahme auf seine Verkaufsbedingungen annimmt."

Abschnitt 3

Rechtliche Grundlagen

Wegleitung

- 53 Gegenstand dieses Abschnittes ist die Zusammenstellung der Grundlagen, auf denen im folgenden Abschnitt aufgebaut wird, in welchem die Probleme der Einbeziehung von AGB durch Schweigen auf Bestätigungsschreiben und Auftragsbestätigung, namentlich die Probleme der AGB-Kollision, anhand konkreter Fallbeispiele behandelt werden.

§ 5 Schweigen auf kaufmännische Bestätigungsschreiben

Wegleitung

- 54 Zweck dieses Paragraphen ist die Darstellung des kaufmännischen Bestätigungsschreibens und der Wirkung des Schweigens auf ein solches, zielgerichtet auf den Einbezug von AGB und der damit verbundenen Probleme. Dabei werden namentlich jene Bereiche genauer untersucht, in denen die einzelnen Lehrmeinungen stark voneinander abweichen.

I. Bedeutung

1. Konstitutives Bestätigungsschreiben

- 55 Das Bestätigungsschreiben, dessen Inhalt von der vorangegangenen Vereinbarung abweicht, ist als Offerte zur Vertragsänderung oder Vertragsergänzung (je nach Art der Abweichung) zu verstehen⁹³. Dem Schweigen des Empfängers auf ein solches Schreiben kann unter Umständen rechtserzeugende Kraft, Vertragsschlussfunktion, zukommen⁹⁴. Ob die erforderlichen Umstände sachlicher und

93 Vgl. S/J OR 6 N 86; SCHMIDLIN OR 6 N 87; BUCHER 122; BGE 71 II 223 ff.; ZivilGer BS BJM 1982 31.

94 Vgl. S/J OR 6 N 99 ff.; SCHMIDLIN OR 6 N 87 ff.; SCHULER 100 f., 595; G/S/J N 845; SCHMIDT-SALZER (1) D. 78.

persönlicher Natur vorliegen — als Voraussetzung der Konstitutivwirkung des Bestätigungsschreibens —, beurteilt sich in Anwendung des Vertrauensprinzips⁹⁵.

2. Voraussetzung des vorangegangenen Vertragsschlusses

- 56 Grundvoraussetzung für die rechtserzeugende Kraft eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens ist, dass diesem — wenn nicht ein gültiger Vertragsabschluss — so doch wenigstens Vertragsverhandlungen vorausgegangen sind⁹⁶. Im Handelsverkehr ist es üblich, mittels Bestätigungsschreibens mündlich, fernmündlich, telegraphisch oder fernschriftlich geschlossene Verträge zu bestätigen⁹⁷. Falls beidseitig schriftliche Erklärungen zum Vertragsabschluss geführt haben, kann ausnahmsweise die Statuierung eines solchen Schreibens gerechtfertigt sein, wenn es dazu dient, vorangegangene komplizierte Schriftwechsel zusammenzufassen oder missverständliche Ausdrücke klarzustellen⁹⁸. Ein weiterer Anlass für ein Bestätigungsschreiben liegt vor, wenn aufgrund der vorangegangenen Vertragsverhandlungen Unklarheit darüber besteht, ob und mit welchem Inhalt ein Vertrag zustande gekommen ist (vgl. die Fallkonstellationen dazu in § 14)⁹⁹.

II. Vertragsergänzung durch kaufmännische Bestätigungsschreiben

- 57 Im folgenden wird analysiert, welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit dem abweichenden kaufmännischen Bestätigungsschreiben bei Schweigen des Empfängers rechtserzeugende Wirkung zukommt.

95 SCHMIDLIN OR 6 N 89; BUCHER 122; G/M/K 98; BGE 71 II 224, vgl. dazu OFTINGER 15 ff.

96 Vgl. FLUME 663: "Wer wissend, dass eine Vereinbarung nicht getroffen worden ist, eine 'Vereinbarung' bestätigt, kann sich auf sein Bestätigungsschreiben nicht berufen. Die in den Verhandlungen getroffene Vereinbarung braucht aber als solche nicht verbindlich zu sein."

97 Vgl. SCHMIDLIN OR 6 N 81, 83; BUCHER 122; G/M/K 98; S/H HGB 346 N 107, 110; KRAMER BGB 151 N 27 f.; LINDACHER WM 1981 703 f.; BGH JZ 1971 135 I.Sp.

98 Vgl. SCHULER 103; SCHMIDLIN OR 6 N 83; KRAMER BGB 151 N 28; S/H HGB 346 N 110; SCHLECHTRIEM F's. 78; SCHLOSSER/C-W/GRABA AGBG 2 N 121; STAUDINGER/SCHLOSSER AGBG 2 N 84; LINDACHER WM 1981 704 I.Sp.

99 Vgl. SCHULER 103 f.; SCHMIDLIN OR 6 N 94; FLUME 663 f.; KRAMER BGB 151 N 27; S/H HGB 346 N 110, 112; RAISER 192 ff.; SCHLECHTRIEM F's. 78; BGH WM 1974 410.

1. Stellungnahme zur Rechtsprechung des Bundesgerichts

58 Nach der Rechtsprechung des BGer¹⁰⁰ und auch nach der älteren Lehre¹⁰¹ kann dem Bestätigungsschreiben im Verkehr unter Geschäftsgewandten in zwei Fällen Vertragsschlussfunktion zukommen: zum einen, wenn die Bestätigung von der bereits getroffenen Vereinbarung abweicht, zum andern, wenn ein nur vermeintlich zustande gekommener Vertrag bestätigt wird. (Auf den zweiten Fall wird im weiteren nicht näher eingegangen, vgl. dazu § 14.) Die besonderen Umstände, die für die Konstitutivwirkung vorliegen müssen, werden durch das Vertrauensprinzip bestimmt. Dieses findet seine Konkretisierung in folgender Voraussetzung: Der Bestätigende muss der ehrlichen Überzeugung sein, dass sein Schreiben lediglich eine Zusammenfassung des bereits Vereinbarten darstellt. Nur unter dieser Voraussetzung darf er annehmen, dass das Schweigen des Empfängers Zustimmung bedeutet. M.a.W. ist die Grenze der Konstitutivwirkung dort erreicht, wo der Absender bewusst von der getroffenen Vereinbarung abweicht. Eine bewusst abweichende Bestätigung verdient als arglistige Erschleichung einer Vertragsänderung keinen Schutz (vgl. BGE 71 II 224)¹⁰². Würde man dieser Auffassung folgen, so wäre der Einbezug von AGB durch Schweigen auf Bestätigungsschreiben kaum je möglich, stellt doch jeder nachträgliche Verweis auf AGB i.d.R. eine bewusste Abweichung vom vorangehenden Vertrag, der einen solchen nicht enthält, dar¹⁰³.

59 Der rechtserzeugenden Kraft, die das Schweigen auf ein abweichendes Bestätigungsschreiben bewirkt, kann nur mit einem doppelten Nachweis entgegengetreten werden. Dieser hat sich sowohl auf die Abweichung des Schreibens vom Vertrag als auch auf den bösen Glauben des Bestätigenden, das Bewusstsein der Diskrepanz, zu beziehen¹⁰⁴. Das Umstossen der Vermutung des guten Glaubens (ZGB 3 I) des Absenders aber ist mit grössten Schwierigkeiten verbunden, da es

100 Zusammenfassende Darstellungen bei SCHMIDLIN OR 6 N 94–98 und SCHULER 100 f.

Kommentierung des L.C. BGE 71 II 223 ff. bei OFTINGER 16.

Vgl. im weiteren BGE 40 II 138; 38 II 387; AppGer BS BJM 1982 31; HGer SG SJZ 1955 228 = GVP 1953 48; AppGer BS SJZ 1954 229; HGer ZH ZR 1947 176.

Anders als die bundesgerichtliche Praxis: KGer Brig RVJ 1968 292 ff.; ObGer TG SJZ 1944 146.

101 Vgl. S/J OR 6 N 97, 99; OFTINGER 16 f.; G/M/K 98; SCHLÄPFER 76 f.

A.A. SCHULER 101 ff.; SCHMIDLIN OR 6 N 99 ff.; BUCHER 122 FN 78.

102 In BGE 71 II 224 wird ganz klar jeder bewussten Abweichung in Bestätigungsschreiben von vornherein die Konstitutivwirkung versagt. Dies wird von G/M/K 98 bestätigt und von BUCHER 122 FN 78 (statt vieler) kritisiert.

103 Zur Problematik des Einbezugs von AGB durch Schweigen auf kaufmännische Bestätigungsschreiben vgl. einleitend N 38, 50.

Der im Geschäftsleben weitverbreiteten Übung der Vertragsergänzung durch kaufmännische Bestätigungsschreiben wird durch die undifferenzierte Praxis des BGer in keiner Weise Rechnung getragen, vgl. BUCHER 122 FN 78.

104 Zu detaillierten Ausführungen zur Beweissituation vgl. SCHMIDLIN OR 6 N 97 f.; SCHULER 101.

sich dabei nicht um eine klar erkennbare äussere Tatsache handelt¹⁰⁵. Grundsätzlich ist es jedoch nicht erforderlich, den positiven Nachweis der Bösgläubigkeit zu erbringen. Die Widerlegung der Vermutung der Gutgläubigkeit kann ebenso durch den Nachweis des Ausserachtlassens der gebotenen Sorgfalt i.S. von ZGB 3 II erfolgen¹⁰⁶. Gelingt dies, so erfährt der unbewusst abweichend Bestätigende keinen Schutz, obwohl er subjektiv gutgläubig ist. Er hätte aufgrund der vorliegenden Umstände bei gebotener Aufmerksamkeit erkennen müssen, dass sein Schreiben inhaltlich dem Vertrag widerspricht. Das BGer in BGE 71 II 224 allerdings spricht dem Bestätigungsschreiben nur dann die Konstitutivwirkung ab, wenn arglistig vom Vereinbarten abgewichen wird. Es genügt demnach nicht, dem subjektiv Gutgläubigen nach ZGB 3 II Unsorgfalt nachzuweisen, um damit die Folge der Vermutung von ZGB 3 I zu entkräften. Nach der Praxis des BGer bedarf es vielmehr des Nachweises der subjektiven Bösgläubigkeit, der Arglist des Bestätigenden.

60 Bezieht man aber auch ZGB 3 II in die Überlegungen mit ein – was m.E. ein gesetzlicher Imperativ ist –, so lässt sich eine interessante Konstruktion daran anknüpfen, die gewissermassen eine Brücke zwischen der bundesgerichtlichen Praxis und den neueren Lehrmeinungen (dazu N 61 ff.) schlägt: Ist eine krasse Diskrepanz zwischen Vertragsinhalt und Bestätigungsschreiben nicht gleichermassen ein Hinweis auf Unsorgfalt i.S. von ZGB 3 II¹⁰⁷? Dies ist m.E. zu bejahen. Das bedeutet demnach, dass einem nicht widersprochenen Bestätigungsschreiben allein durch den Nachweis der erheblichen Abweichung die Wirkung versagt werden kann¹⁰⁸. Indem dem Bestätigenden das Ausserachtlassen der gebotenen Sorgfalt nachgewiesen wird (ZGB 3 II), ist er wie ein bewusst abweichend Bestätigender zu behandeln, so dass dem Schweigen auf sein Schreiben keine rechtserzeugende Wirkung zukommt. Bestehen indessen einzig leichte Abweichungen zwischen Vertrag und Bestätigungsschreiben (z.B. eine Ergänzung), so deutet dies nicht auf eine Unsorgfalt i.S. von ZGB 3 II seitens des Bestätigenden hin. Eine leichte Abweichung in einem Bestätigungsschreiben führt folglich nicht in Anwendung von ZGB 3 II zur Entkräftung der Vermutung von ZGB 3 I. Diesfalls muss der Nachweis der Bösgläubigkeit bzw. der bewussten Abweichung auf anderem Wege, losgelöst vom abweichenden Inhalt des Schreibens, erbracht werden. Der direkte Nachweis der Bösgläubigkeit ist jedoch praktisch kaum durchführbar (vgl. N 59).

61 Die Anwendung von ZGB 3 II bewirkt, dass bewusste Ergänzungen, nicht aber krasse Abweichungen auch im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtspre-

105 Vgl. SCHMIDLIN OR 6 N 98; SCHULER 101; KGer Brig RVJ 1968 294.

Das BGer in BGE 71 II 224 verlangt den positiven Nachweis der Bösgläubigkeit und lehnt den indirekten Nachweis über die krasse Diskrepanz zwischen dem Inhalt des Vertrages und demjenigen des Bestätigungsschreibens als Indiz der Bösgläubigkeit i.S. von ZGB 3 II ab.

106 Vgl. S/J OR 6 N 95 f.; JÄGGI ZGB 3 N 100.

107 Dies wird zu Recht von S/J OR 6 N 95 vertreten. Ebenso KGer Brig RVJ 1968 294. In diese Richtung weist auch ObGer TG SJZ 1944 146.

108 Vgl. etwa auch BYDLINSKI 197.

chung (BGE 71 II 224) praktisch möglich sein sollten. Dies ergibt sich aus beweistechnischen Gründen, da die Umstossung der Vermutung des guten Glaubens auf erhebliche Schwierigkeiten stösst, wenn diese nicht indirekt über ZGB 3 II erfolgen kann¹⁰⁹.

- 62 Die Anwendung von ZGB 3 II stellt insofern eine Brücke zwischen der bundesgerichtlichen Praxis und den neueren Lehrmeinungen dar, als dadurch einer Forderung der letzteren Rechnung getragen wird: die Ergänzung von Verträgen mittels Bestätigungsschreibens¹¹⁰.

2. Stellungnahme zu neueren Lehrmeinungen

2.1. Kritik der Beweislast

- 63 Wie vorhergehend erwähnt, gestaltet es sich äusserst schwierig, die Vermutung von ZGB 3 I durch den positiven Nachweis der Bösgläubigkeit, wie ihn das BGer verlangt, zu entkräften¹¹¹. Deshalb fordert Schmidlin¹¹², auf diesen Nachweis zu verzichten. Dieses Postulat erfolgt m.E. zu Recht. Schmidlin kommt in Anwendung des Vertrauensprinzips zu diesem Schluss, indem er argumentiert, dass bei einer erheblichen Abweichung im Bestätigungsschreiben dessen Verwender im Schweigen des Empfängers nicht Zustimmung dazu erblicken dürfe¹¹³. Diese Überlegung entspricht derjenigen, die über ZGB 3 II zu gleichem Resultat gelangt (vgl. N 60): Ein Bestätigender, der zwar subjektiv der ehrlichen Überzeugung ist, nur bestehende Vereinbarungen festzuhalten, dessen Schreiben diesen aber objektiv widerspricht, dürfte aufgrund der nach den Umständen gebotenen Sorgfalt das Stillschweigen des Empfängers nicht als Zustimmung interpretieren.

109 Vgl. N 59; FN 105.

110 BUCHER 122 FN 78; SCHMIDLIN OR 6 N 110.

111 Vgl. N 59; FN 105.

112 SCHMIDLIN OR 6 N 101.

113 SCHMIDLIN OR 6 N 99 ff.; vgl. im weiteren auch SCHULER 101; S/J OR 6 N 95.

Dem nicht konsensfähigen (erheblich abweichenden) Bestätigungsschreiben kommt zwar keine materiellrechtliche, dafür aber beweisrechtliche Wirkung zu, indem der nicht widersprechende Empfänger den Beweis zu erbringen hat, dass der Inhalt des Schreibens nicht dem Vertrag entspricht. Vgl. dazu S/J OR 6 N 96 f.; SCHMIDLIN OR 6 N 84; BUCHER 122. Es ist demnach in jedem Fall von Vorteil, einem Bestätigungsschreiben zu widersprechen, ungeachtet dessen, ob man den Inhalt als konsensfähige Ergänzung oder als nicht konsensfähige Abweichung erachtet. Vgl. dazu BYDLINSKI 201; KRAMER BGB 151 N 41.

2.2. Massstab des Vertrauensprinzips

- 64 Das Vertrauensprinzip dient grundsätzlich auch dem BGer als Massstab zur Bestimmung der Konstitutivwirkung von Vertragsmodifikationen in Bestätigungsschreiben¹¹⁴. Indem aber für die rechtserzeugende Wirkung des Schweigens einzig vorausgesetzt wird, dass der Absender nicht willentlich vom Vertrag abweicht, wird gar nicht auf vertrauentheoretische Überlegungen abgestellt. In Anwendung des Vertrauensprinzips ist einzig entscheidend, ob der Erklärende den konkreten Umständen entsprechend vernünftigerweise annehmen darf, der Empfänger sei mit seinen Änderungsanträgen einverstanden¹¹⁵. Das Vertrauensprinzip als Massstab bestimmt im wesentlichen zwei Voraussetzungen, die aus der Sicht eines redlichen und sorgfältigen Verwenders eines Bestätigungsschreibens erfüllt sein müssen, damit dieser das Schweigen des Empfängers als Annahme werten darf. Die subjektive Voraussetzung bezieht sich auf die Person des Empfängers, die objektive auf den Grad der Abweichung des Bestätigungsschreibens vom Inhalt der Vereinbarung. Die subjektive Komponente der vertrauentheoretischen Anforderungen ist erfüllt, wenn der Empfänger bezüglich des betreffenden Geschäftes als rechtskundig und geschäftserfahren zu gelten hat (dies bestimmt sich nach funktionalen Gesichtspunkten, vgl. N 3 ff.). Der objektiven Komponente ist Genüge getan, wenn das Bestätigungsschreiben nicht eine erhebliche Abweichung vom Vertrag beinhaltet (zur Ausformulierung der objektiven Komponente des vertrauentheoretischen Massstabs vgl. N 72 f.). Sind diese beiden Voraussetzungen erfüllt, so ist der Empfänger nach Treu und Glauben gemäss der Verkehrsanschauung verpflichtet, zu widersprechen, falls er mit den Modifikationen im Bestätigungsschreiben nicht einverstanden ist¹¹⁶.

2.3. Objektive Umstände und Absicht des Bestätigenden

- 65 Es stellt sich die Frage, ob bei der Beurteilung der Konstitutivwirkung des Bestätigungsschreibens (Geschäftserfahrenheit und Rechtskunde beider Kontrahenten vorausgesetzt) allein auf die objektiven Umstände, den Grad der Abweichung vom Vereinbarten, abzustellen oder ob die Absicht des Bestätigenden mitzuberocksichtigen sei. M.E. besteht zwischen dem Grad der Abweichung und der Absicht des Bestätigenden ein notwendiger Zusammenhang. Dem Bestätigenden ist dann Arglist vorzuwerfen, wenn er mittels abweichenden Bestätigungsschreibens versucht, die eigene Rechtsstellung zu Lasten derjenigen des Empfängers zu verbessern. Ein solches Schreiben wird aber so weit von der vertraglichen Vereinbarung abweichen, dass es auch an der objektiven Vertrauens-

114 Vgl. OFTINGER 16 f., Erläuterungen zum L.C. BGE 71 II 223 ff.

115 Vgl. SCHMIDLIN OR 6 N 99 ff.; KRAMER BGB 151 N 35; BYDLINSKI 197.

Vgl. Allgemeines zum Vertrauensprinzip bei S/J OR 1 N 195 ff.; KRAMER OR 1 N 37 ff.

116 Vgl. FLUME 664 f.; BYDLINSKI 205; S/H HGB 346 N 108.

grundlage für eine Konstitutivwirkung fehlt. Besteht indessen der Inhalt des Schreibens in einer Ergänzung, die sich z.B. auf Einzelheiten der Vertragsabwicklung bezieht, so ist die bewusste Abweichung seitens des Absenders nicht als unredlich zu bezeichnen, da diese nicht zu einer Benachteiligung des Empfängers führt. Absicht und Abweichung stehen demnach in einer Abhängigkeitsfunktion.

- 66 Mehrere deutsche Autoren unterscheiden zwischen einem redlichen und einem arglistigen abweichenden Bestätigungsschreiben¹¹⁷. Es wird dargelegt, dass objektiv vertretbare Abweichungen aus arglistigen Motiven statuiert werden können. Walchshöfer¹¹⁸ führt dafür das Beispiel einer objektiv an sich konsensfähigen Abweichung in einem Nebensatz auf, die aus arglistigen Beweggründen ergeht, da der Gegenkontrahent dieser bereits bei Vertragsabschluss widersprochen hat. Gerade dieses Beispiel aber macht den Zusammenhang zwischen Abweichung und Arglist deutlich. Hier fehlt es gleichfalls auch an der objektiven Vertrauensgrundlage, hat der Empfänger sich doch bereits bei Vertragsabschluss nicht auf diese Punkte eingelassen¹¹⁹.
- 67 Anders als Walchshöfer vertritt Kramer¹²⁰ die Meinung, es sollte einzig auf die objektive Abweichung abgestellt werden. Dies ist im Prinzip richtig, verhält sich diese doch immer parallel zu den subjektiven Beweggründen, da sie in einer Abhängigkeitsfunktion miteinander stehen (N 65).
- 68 M.E. aber kann bei der Beurteilung der rechtserzeugenden Wirkung des Schweigens auf ein Bestätigungsschreiben sowohl auf den objektiven Grad der Abweichung als auch auf die Art der subjektiven Beweggründe abgestellt werden¹²¹; dies aufgrund ihrer Parallelität. Die Entkräftung der Konstitutivwirkung über den Nachweis der erheblichen Divergenz gestaltet sich für den Empfänger allerdings bedeutend einfacher, da hier äusserlich erkennbare Umstände vorliegen¹²².

117 Mit Begründung: WALCHSHÖFER BB 1975 721 3; LIEB JZ 1971 137.

Ohne Begründung: ULMER AGBG 2 N 88; STAUDINGER/DILCHER Vorbem. zu BGB 116–144 N 55.

118 WALCHSHÖFER BB 1975 721 3; Gegenargumente hierzu bei KRAMER BGB 151 N 40.

119 LIEB JZ 1971 137 r.Sp. räumt ein, dass bei einer strengen Beschränkung bei der Zulassung bewusster Abweichungen auf das Erfassen der subjektiven Beweggründe des Bestätigenden verzichtet werden könne.

120 KRAMER BGB 151 N 40; KRAMER SJZ 1985 FN 14; ähnlich S/H HGB 346 N 128; KUCHINKE JZ 1965 172 I.Sp.

121 Vgl. etwa auch KUCHINKE JZ 1965 I.Sp.

122 Vgl. N 59; FN 105.

2.4. Bewusstes Abweichen

- 69 Von einem Teil der Lehre¹²³ wird angeführt, die rechtserzeugende Kraft eines ergänzenden Bestätigungsschreibens setze das Bewusstsein der Abweichung seitens des Bestätigenden voraus. Fehle es an diesem Bewusstsein, so bestehe gar kein schützenswertes Vertrauen des Absenders darauf, dass das Schweigen des Empfängers Zustimmung bedeute. M.E. ist jedoch die Situation denkbar, in welcher der eine Kontrahent willens ist, einzig den Vertragsschluss zu Beweis zwecken mittels eines Bestätigungsschreibens festzuhalten (deklaratorisches Bestätigungsschreiben). Dabei legt er aber versehentlich der deklaratorisch gemeinten Bestätigung seine AGB bei, die als Ergänzung zum Vertragsinhalt zu verstehen sind. Aus der Warte des Absenders wird der Empfänger das Schreiben lediglich als Bestätigung der getroffenen Vereinbarung auffassen, während der Empfänger dieses als Ergänzung ansehen und sich darauf verlassen darf, dass die AGB nun ebenfalls vom Konsens miterfasst sind. Als Geschäftsgewandter nämlich kennt er die rechtserzeugenden Folgen des Schweigens auf ein ergänzendes Bestätigungsschreiben. Diesfalls kommt dem Bestätigungsschreiben trotz fehlendem Erklärungswillen des Absenders Konstitutivwirkung zu. Dies ergibt sich zwingend aus der Anwendung des Vertrauensprinzips, wonach es nicht auf den inneren Willen des Erklärenden, auf sein Erklärungsbewusstsein, ankommt¹²⁴. Ob dem Verhalten eines Vertragspartners ein Geschäftswille unterstellt werden darf, bestimmt sich aus der Sicht eines vernünftigen Empfängers unter Berücksichtigung der konkreten Umstände¹²⁵. "Für den gutgläubigen Erklärungsempfänger macht es doch keinen Unterschied, ob das für ihn eindeutig rechtsgeschäftliche Verhalten seines Partners mit der Absicht gesetzt wurde, etwas rechtlich Verbindliches zu erklären oder nicht (...)"¹²⁶. Somit ergibt sich, dass die subjektive Intention des Bestätigenden rechtlich unbeachtlich ist.

3. Voraussetzungen der Konstitutivwirkung von Ergänzungen (Rechtsgrundsätze zum kaufmännischen Bestätigungsschreiben)

- 70 Dem Bestätigungsschreiben kann bei Stillschweigen des Empfängers dann rechtserzeugende Kraft zukommen, wenn die Abweichung zwischen diesem und dem vorhergehend Vereinbarten in einer Ergänzung, nicht aber in einem Widerspruch

123 SCHULER 101 gestützt auf BYDLINSKI 201 und 204.

124 Vgl. Allgemeines dazu bei KRAMER OR 1 N 47 ff.; S/J OR 1 N 192; MERZ ZGB 2 N 126; MEIER-HAYOZ Diss. 209 ff.; SCHLÄPFER 17.

125 Vgl. KRAMER OR 1 N 37; S/J OR 1 N 181. Massgebend ist der objektive Sinn aus der Sicht des Empfängers und nicht die subjektive, äusserlich nicht erkennbare Absicht des Erklärenden.

126 KRAMER OR 1 N 50.

besteht¹²⁷. Ob eine Ergänzung den vom Vertrauensprinzip geforderten objektiven Anforderungen entspricht, ist anhand der konkreten Umstände abzuklären.

- 71 Die durch Bestätigungsschreiben dem Vertragsverhältnis zu inkorporierenden neuen ergänzenden Klauseln sind entweder als Ergänzung i.e.S.¹²⁸ zum bisherigen Vertragsinhalt oder als Konkretisierung (Präzisierung) der bereits bestehenden Vereinbarungen zu verstehen¹²⁹. Konkretisierungen sind Klauseln, die z.B. die detaillierte Bestimmung des Liefertermins, des Transportweges und des Transportmittels, der Art der Verpackung und weitere Regelungen der rein technischen Vertragsabwicklung betreffen¹³⁰. Konkretisierungen können im objektiven Interesse beider Parteien liegen, den Vertrag rasch und zuverlässig abzuwickeln. Im Gegensatz zu den Konkretisierungen beziehen sich Ergänzungen i.e.S. nicht auf Punkte, die bereits der vertraglichen Regelung unterliegen. Diese können Punkte betreffen, wie z.B. das Äussere eines Produktes, die Zusammensetzung der Ware oder die Gewährung einer über die gesetzlichen Anforderungen hinausgehenden Garantieleistung. Solche Ergänzungen i.e.S. und Konkretisierungen sind oft Inhalt von AGB, welche die Parteien mittels ergänzender Bestätigungsschreiben nachträglich dem Vertrag zu inkorporieren versuchen¹³¹.

- 72 Die Lehre hat zahlreiche Formeln entwickelt, die darüber Aufschluss geben sollen, wann den einseitig geregelten Klauseln des Bestätigungsschreibens, welche vom Vereinbarten abweichen, bei Schweigen des Empfängers Konstitutivwirkung zukommt. All diese Formeln stellen eine Ausformulierung der objektiven Voraussetzungen des Vertrauensprinzips dar (N 64). Dabei stellen nicht alle Autoren die gleich strengen Anforderungen an die Zulässigkeit einer Abweichung. Auf der einen Seite des Spektrums steht die Meinung, dass Modifikationen zu Lasten des Empfängers, einschneidender als nur marginal, dennoch objektiv konsensfähig

127 Vgl. SCHMIDLIN OR 6 N 109; BYDLINSKI 205; SCHULER 104; BUCHER 122 bei FN 78; KRAMER BGB 151 N 36 f.; S/H HGB 346 N 128; LINDACHER WM 1981 705 und 709; WALCHSHÖFER BB 1975 72; FLUME 664 f.; STAUDINGER/DILCHER Vorbem. 116–144 N 55.

128 Zur Terminologie: Unter dem Oberbegriff Ergänzungen werden einerseits Ergänzungen i.e.S. (Regelungen, die bisher nicht Vertragsgegenstand waren), andererseits Konkretisierungen (Verdeutlichungen vertraglicher Regelungen) zusammengefasst.

129 Der grösste Teil der Lehre unterscheidet nicht zwischen einem konkretisierenden bzw. präzisierenden und einem ergänzenden Bestätigungsschreiben: SCHMIDLIN OR 6 N 109 f.; BUCHER 122 bei FN 76; BYDLINSKI 205–207; SCHULER 104; S/H HGB 346 N 128; WALCHSHÖFER BB 1975 722; SCHMIDT-SALZER (2) 593 r.Sp.; LINDACHER WM 1981 705 c).

Anders und theoretisch zutreffend KRAMER BGB 151 N 37. Schliesslich ist die Unterscheidung zwischen Präzisierung und Ergänzung eigentlich terminologischer Natur. Jede Konkretisierung ist mithin auch eine Ergänzung. Die Differenzierung zwischen Konkretisierung und Ergänzung ist m.E. nicht von grosser Tragweite, da alle abweichenden Klauseln eines Bestätigungsschreibens unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensprinzips zu betrachten sind. Dies ergibt dann, ob den Klauseln des Bestätigungsschreibens Konstitutivwirkung zukommt, handelt es sich dabei um Konkretisierungen oder Ergänzungen.

130 Bsp. bei SCHMIDLIN OR 6 N 112; KRAMER BGB 151 N 37; BYDLINSKI 207 f.

131 Vgl. SCHMIDLIN OR 6 N 111; SCHLÄPFER 79.

seien¹³². Auf der anderen Seite findet sich ein Vergleich, der die Ergänzungen dem dispositiven Gesetzesrecht (oder der Branchenusance) gegenüberstellt und ergänzende Regelungen nur dann als konsensfähig erachtet, wenn diese den Interessen des Empfängers in gleichem Masse Rechnung tragen¹³³. Dazwischen finden sich zahlreiche Nuancen. Nach Schmidlin¹³⁴ befindet sich die Grenze der Konstitutivwirkung bei der erheblichen Beeinträchtigung der Empfängerinteressen. Etwas strenger sind die von Schuler postulierten Anforderungen¹³⁵, die auf die Argumente Bydlinskis abstellen¹³⁶. Hier setzt die erkennbare Beeinträchtigung der Interessen des Empfängers der objektiven Konsensfähigkeit Schranken, wenn diese in fühlbarem Masse beeinträchtigt werden.

73 Mir erscheint die Orientierung am dispositiven Gesetzesrecht oder an der Branchenusance als taugliches Kriterium zur Bestimmung der Konsensfähigkeit von Ergänzungen in kaufmännischen Bestätigungsschreiben, da dieser Vergleich einen objektiv eindeutigen Massstab bietet¹³⁷. Sind keine Vergleichsnormen vorhanden, so ist nach den allgemeinen vertrauensrechtlichen Erwägungen vorzugehen und auf den Empfängerhorizont abzustellen. Der Absender darf gemäss dem allgemeineren Kriterium dann von der Konsensfähigkeit der Ergänzungen ausgehen, wenn diese nicht den Interessen des Empfängers in erkennbarer Weise zuwiderlaufen.

74 Nach diesen Formeln kann rein technischen Ergänzungen bezüglich der Vertragsabwicklung ohne weiteres Konsensfähigkeit zukommen. Die Wegbedingung der gesetzlichen Gewährleistung¹³⁸ auf diesem Wege indessen verletzt die erkennbaren Interessen des Empfängers deutlich, wogegen eine Ergänzung der gesetzlichen Gewährleistung i.S. einer Modifikation (z.B. teilweise eingeschränkte, teilweise erweiterte Garantieleistungen) je nach Ausgestaltung nicht unbedingt den Interessen des Empfängers zuwiderlaufen muss. Auch können geringfügige Einschränkungen der Gewährleistung allenfalls noch vertretbar sein.

75 Diese Formeln werden den Bedürfnissen des kaufmännischen Verkehrs in genügendem Masse gerecht, indem Konkretisierung im Hinblick auf eine beschleunigte Vertragsabwicklung wie auch kleinere Ergänzungen i.e.S. möglich sind. Für Abweichungen vom Vertrag, die zu einer Verschiebung des Interessenausgleichs zwischen den Parteien führen, haben die Vertragsparteien zur Konsenszielung erneut miteinander in Kontakt zu treten. Dies stellt beim Stand der

132 LINDACHER WM 1981 705 c).

133 KRAMER BGB 151 N 37.

134 SCHMIDLIN OR 6 N 110.

135 SCHULER 104.

136 BYDLINSKI 205, 207.

137 Dieses Kriterium ist als Konkretisierung des allgemeineren Kriteriums der erkennbaren Empfängerinteressen im Bereich, in welchem dispositives Gesetzesrecht besteht, zu verstehen. Es ist das speziellere Kriterium.

138 Der BGH erachtet in NJW 1966 1070 den Ausschluss der Gewährleistung im Bestätigungsschreiben für konsensfähig. M.E. ist dieses Resultat mit dem Vertrauensprinzip nicht vereinbar. Ebenso WALCHSHÖFER BB 1975 722 4 und FN 42.

heutigen Nachrichtenübermittlungsmöglichkeiten keine unzumutbare Erschwerung des kaufmännischen Verkehrs dar¹³⁹.

III. Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen durch Schweigen auf kaufmännische Bestätigungsschreiben

1. Allgemeines

- 76 Die Vertragsergänzung mittels Bestätigungsschreibens kann sowohl durch individuell abgefasste Klauseln als auch durch Bezugnahme auf bereits vorformulierte Geschäftsbedingungen erfolgen¹⁴⁰. Die Rechtsgrundsätze zum Bestätigungsschreiben (N 70 ff.) gelten bei der Bezugnahme auf AGB im wesentlichen analog¹⁴¹. Aus vertrauens-theoretischen Überlegungen jedoch sind die individuellen und die vorformulierten Ergänzungen in gewissen Bereichen differenziert zu behandeln.

2. Art der Bezugnahme

- 77 Die Bezugnahme auf AGB im Bestätigungsschreiben kann auf unterschiedlichste Weise erfolgen. Zum einen können die AGB ohne Hinweis im Bestätigungsschreiben diesem beigelegt werden; zum andern kann im Bestätigungsschreiben ausdrücklich auf AGB Bezug genommen werden¹⁴². Diesfalls ist eine Beifügung der AGB dann nicht erforderlich, wenn die Kenntnisnahme durch den Empfänger als zumutbar erscheint¹⁴³. Der Auffassung, dass das bloße Beilegen von AGB – ohne ausdrücklichen Verweis auf diese – eine ungenügende Bezugnahme darstellt, ist beizustimmen¹⁴⁴, da unklar ist, ob alle AGB-Klauseln vom Antrag erfasst sind und ob die Absicht des Bestätigenden überhaupt unmissverständlich

139 Vgl. OLG Köln DB 1980 924 r.Sp.; BGH JZ 1977 603 = DB 1977 1312 = WM 1977 452.

140 SCHMIDLIN OR 6 N 111; KRAMER OR 1 N 215; SCHLÄPFER 79; WALCHS-HÖFER BB 1975 722 4; LIEB JZ 1971 137 r.Sp.

141 So SCHULER 105; LINDACHER WM 1981 707 r.Sp.
A.M. BYDLINSKI 210, der die Vertragsergänzung mittels auf AGB verweisende Bestätigungsschreiben kategorisch ablehnt, ohne dies aber näher zu begründen. Ebenso ObGer TG SJZ 1944 146.

142 Vgl. S/H HGB 346 N 115; SCHLOSSER/C-W/GRABA AGBG 2 N 112; STAUDINGER/SCHLOSSER AGBG 2 N 76; DIEDERICHSEN JuS 1966 131 r.Sp.

143 Vgl. ULMER AGBG 2 N 88; STAUDINGER/SCHLOSSER AGBG 2 N 76; LINDACHER WM 1981 707 r.Sp.

144 So ULMER AGBG 2 N 88; S/H HGB 346 N 115; DIEDERICHSEN JuS 1966 131 r.Sp.

zum Ausdruck kommt. Im weiteren ist auch die Inbezugnahme nur einzelner AGB-Klauseln möglich¹⁴⁵.

3. Umfang der Konstitutivwirkung

- 78 Besteht das Bestätigungsschreiben aus mehreren Änderungsanträgen, so lassen sich ohne weiteres Fälle vorstellen, in denen nur einem Teil der vertragsmodifizierenden Klauseln objektive Konsensfähigkeit zukommt. Solche Situationen können sowohl beim individuell gestalteten wie auch beim auf AGB verweisenden Bestätigungsschreiben auftreten. Es stellt sich nun die Frage, ob es sich bei Bestätigungsschreiben, die nur zum Teil konsensfähige Klauseln enthalten, rechtfertigt, den Empfänger bezüglich dieser unter Erklärungszwang zu setzen¹⁴⁶. Nimmt man eine solche Differenzierung nicht vor, so kommt den Ergänzungen im Bestätigungsschreiben insgesamt keine Konstitutivwirkung zu¹⁴⁷.
- 79 Diese Frage ist auf der Grundlage vertrauens-theoretischer Überlegungen zu beantworten. Hierbei fallen die einzelnen Umstände ins Gewicht, so dass keine generelle Lösung angeboten werden kann. Es ist vielmehr einzelfallweise zu entscheiden, wobei allenfalls die Art der Klauseln (Vorformulierung oder Individualgestaltung) ins Gewicht fallen kann.
- 80 Enthält ein Bestätigungsschreiben in der Mehrzahl Anträge, auf welche OR 6 nicht anzuwenden ist, so darf m.E. im Schweigen des Empfängers auch nicht die Zustimmung zu den objektiv konsensfähigen Klauseln gesehen werden. Dem Empfänger ist nicht zuzumuten, das Schreiben zu filtrieren und daraufhin bezüglich der konsensfähigen Klauseln zu widersprechen; dies deshalb nicht, weil das Schreiben als Ganzes als nicht konsensfähig erscheint. Enthalten die Klauseln in der Mehrzahl annehmbare Anträge, so erscheint das Schreiben als Ganzes materiell konsensfähig, als eine dem Vertragszweck entsprechende Ergänzung. Bei unterlassenem Widerspruch seitens des Empfängers kommt deshalb den konsensfähigen Klauseln Vertragsgeltung zu.
- 81 Bezüglich Bestätigungsschreiben, die auf AGB in globo verweisen, ist folgende Differenzierung anzufügen: Im Gegensatz zu mehreren Individualklauseln stellen AGB eine Einheit dar und wirken als Ganzes, weshalb der Empfänger weniger die

145 Dazu einzig SCHLOSSER/C-W/GRABA AGBG N 112 bei FN 288; STAUDINGER/SCHLOSSER AGBG 2 N 76.

146 In der Schweizer Lehre hat sich kein Autor explizit mit dieser Frage auseinandergesetzt. Eine Erläuterung von SCHULER 106 bei FN 106 mit Verweis auf HGer AG VAR 1941 95 kann als Hinweis auf eine differenzierte Betrachtung der einzelnen Klauseln gewertet werden. In VAR 1941 95 werden die beiden Klauseln eines Bestätigungsschreibens einzeln auf ihre Konsensfähigkeit geprüft. Da aber beide in diesem Sinne qualifiziert wurden, musste zur Frage, ob von mehreren Klauseln auch nur einzelnen Konstitutivwirkung zukommen kann, nicht Stellung genommen werden.

147 Gegen eine Differenzierung ist SCHROEDER 73 bei FN 54, der den Einbezug nur einzelner konsensfähiger AGB-Klauseln ablehnt.

einzelnen Klauseln für sich alleine betrachtet. Schon wenige, aber auffällige Klauseln, die keinesfalls eine Widerspruchsbliegenheit begründen (z.B. Wegbedingung der Gewährleistung), führen dazu, dass der Empfänger den Rest des Schreibens gar nicht mehr zur Kenntnis nimmt und dass die Ergänzung insgesamt als nicht konsensfähig betrachtet werden darf¹⁴⁸. Es ist durchaus richtig, dass die Kenntnisnahme seitens des Empfängers für die rechtszeugende Kraft des Schreibens unerheblich ist. Allein die Zustellung und die damit verbundene Möglichkeit der Kenntnisnahme sind hierfür genügend¹⁴⁹. Dies resultiert aus der Anwendung des Vertrauensprinzips. Der Absender darf bei einem redlichen geschäftserfahrenen und rechtskundigen Empfänger die Kenntnisnahme voraussetzen. Er darf dies aber dann nicht, wenn das Schreiben insgesamt als objektiv nicht konsensfähig erscheint. Diesfalls darf der Absender nach Treu und Glauben nicht annehmen, der Empfänger werde bei Ablehnung des vertragsmodifizierenden Inhalts des Bestätigungsschreibens widersprechen.

82 Erfolgt die Bezugnahme auf AGB in Form von Einzelverweisen auf bestimmte AGB-Klauseln, so ist jede Klausel für sich auf die materielle Konsensfähigkeit hin zu untersuchen. Den materiell konsensfähigen Klauseln kommt bei unterlassenem Widerspruch seitens des Empfängers Konstitutivwirkung zu, vorausgesetzt dass die Klauseln als Ganzes konsensfähig erscheinen (analog N 80).

83 Neben den Schranken der Konstitutivwirkung inhaltsergänzender Bestätigungsschreiben gelten für die in Bezug genommenen AGB im weiteren die speziellen AGB-Geltungsschranken. Es ist auf die Geltungs- sowie auf die Inhaltskontrolle zu verweisen (vgl. N 24 ff.)¹⁵⁰.

148 Zu kategorisch SCHROEDER 73 bei FN 54, der AGB nur der Globaleinbeziehung zugänglich erachtet.

Differenzierter LINDACHER WM 1981 707 r.Sp.: Die Bezugnahme kann nur solche Einzelklauseln erfassen, die auch Gegenstand eines individuell ergänzenden Bestätigungsschreibens sein können. Im Gegensatz zur Globaleinbeziehung werden die Klauseln einer Einzelbetrachtung zugeführt, wobei dann über die Einbeziehung entschieden wird.

149 Siehe etwa S/H HGB 346 N 117; DIEDERICHSEN JuS 1966 137; LINDACHER WM 1981 708 r.Sp.

150 Vgl. LINDACHER WM 1981 708 r.Sp.

§ 6 Schweigen auf modifizierte Auftragsbestätigungen

Wegleitung

- 84 In diesem Paragraphen wird die rechtliche Erfassung der modifizierten Auftragsbestätigung i.S. der Grundlagenzusammenstellung knapp skizziert. In § 9 wird dann anhand einer Fallstudie detailliert auf diese Bestätigung im Zusammenhang mit dem Verweis auf AGB und den dabei entstehenden Problemen eingegangen.

I. Definition und Abgrenzung

- 85 Unter der Bezeichnung Auftragsbestätigung versteht man die in Gestalt einer Bestätigung gekleidete Erklärung, die einer Offerte (in Form einer Bestellung) nachfolgt und i.d.R. Vertragsannahme bedeutet¹⁵¹.
- 86 Die Annahme hat sich auf die Offerte zu beziehen und grundsätzlich inhaltlich dieser zu entsprechen. Sie darf daher keine Inhaltsänderungen, weder durch Vorbehalte noch durch Erweiterungen oder Einschränkungen, beinhalten¹⁵². Deshalb ist eine Annahmeerklärung, die nicht mit der Offerte korrespondiert und Inhaltsänderungen enthält, grundsätzlich nicht als Annahme zu werten. Sie bedeutet i.d.R. vielmehr die Ablehnung der Offerte, verbunden mit einem neuen Antrag (BGB 150 II)¹⁵³. Erscheint eine solche Annahmeerklärung in Gestalt einer Bestätigung, so spricht man von einer modifizierten Auftragsbestätigung¹⁵⁴. Eine modifizierte Auftragsbestätigung jedoch kann gegebenenfalls als Annahme, verbunden mit einem Antrag zur Vertragsänderung bzw. Vertragsergänzung, interpretiert werden¹⁵⁵. Darauf ist im folgenden einzutreten.
- 87 Der Antrag zur Vertragsergänzung mittels modifizierter Auftragsbestätigung kann sowohl durch individuell abgefasste Klauseln als auch durch Verweis auf bestehende AGB ergehen. Bei der Frage nach der Vertragswirkung der modifizierenden AGB-Klauseln handelt es sich um ein Einbezugsproblem, das vom

151 Siehe auch SCHMIDLIN OR 6 N 120; S/J OR 6 N 71; KRAMER SJZ 1985 18 r.Sp.; KRAMER BGB 150 N 7; STAUDINGER/DILCHER BGB 150 N 10; S/H HGB 346 N 137.

152 Vgl. dazu KRAMER OR 1 N 158, OR 2 N 18; S/J OR 2 N 59, OR 3 N 48; SCHMIDLIN OR 3 N 49, OR 6 N 120; G/M/K 97 f.; v.T/P 188 IV; BUCHER 108 b); KRAMER BGB 150 N 4.

153 Diese Regelung ist in der schweizerischen Lehre (vgl. FN 152) und Praxis (HGer SG GVP 1977 32) allgemein anerkannt, wenn auch das OR keine solche Norm explizit enthält. Im deutschen BGB ist dieser Grundsatz in § 150 II verankert, vgl. KRAMER BGB 150 N 4; STAUDINGER/DILCHER BGB 150 N 10 ff.; S/H HGB 346 N 137.

154 Siehe auch KRAMER SJZ 1985 18.

155 Vgl. KRAMER OR 1 N 158, OR 2 N 18, SJZ 1985 18 f.; angedeutet bei v.T/P 188 bei FN 51; KRAMER BGB 150 N 4.

ersten Prüfungsschritt der Geltungskontrolle erfasst wird (N 25), der den Konsens bezüglich der AGB als Ganzes betrifft.

- 88 In Abgrenzung zum kaufmännischen Bestätigungsschreiben ist festzuhalten, dass die modifizierte Auftragsbestätigung von anderer Rechtsnatur ist, da diese in erster Linie zum Vertragsschluss und nicht zur Ergänzung eines bereits zustande gekommenen Vertrages dient¹⁵⁶. Aufgrund dieser unterschiedlichen tatsächlichen Situation können die beim Bestätigungsschreiben entwickelten Grundsätze vorerst nicht¹⁵⁷ unesehen auf die Auftragsbestätigung übertragen werden¹⁵⁸. Die Wirkung des Schweigens auf die modifizierte Auftragsbestätigung ist separat zu untersuchen.

II. Zur Annahme des abweichenden Angebots

1. Die Konsequenz der Regel von BGB § 150 II

- 89 Wie bereits erwähnt, ist die modifizierte Auftragsbestätigung infolge der Abweichung zur Offerte als neuer Antrag zu verstehen. Damit ein Vertrag zustande kommt, bedarf die modifizierte Auftragsbestätigung einer erneuten Annahme durch den Erstofferenten. Diese kann jedoch grundsätzlich nicht im Stillschweigen des Vertragsgegners gesehen werden¹⁵⁹. Das Schweigen des Erstofferenten darf aus der Sicht eines redlichen Zweitofferenten (dem Verwender der modifizierten Auftragsbestätigung) für gewöhnlich nicht als Zustimmung interpretiert werden, da die objektiven Umstände diesen Schluss in keiner Weise nahelegen. Es ist grundsätzlich nicht zu vermuten, dass der Offerent zu einem Vertragsschluss unter abweichenden Bedingungen – welche zumeist zu seinen Lasten den Vertragsinhalt zugunsten des Bestätigenden modifizieren – Hand bietet¹⁶⁰. Es ist Aufgabe des Bestätigenden, für die Abweichung von der Erstofferte die Zustimmung des Vertragspartners zu erlangen (BGH BGHZ 61 1973 286). Insoweit bestehen zwischen dem kaufmännischen (geschäftserfahrene und rechtskundige Kontrahenten, vgl. N 3 f.) und dem nicht kaufmännischen Verkehr keine Unterschiede¹⁶¹.

156 Sehr ausführlich zum Unterschied beider Schreiben BGH BGHZ 61 1973 285 f.

157 Zur Gegenüberstellung der Anforderungen des stillschweigenden Einbezugs bei Bestätigungsschreiben und Auftragsbestätigung vgl. § 10.

158 Vgl. SCHMIDLIN OR 6 N 120; SCHLOSSER/C-W/GRABA AGBG 2 N 111; S/H HGB 346 N 138; LINDACHER JZ 1977 603 I.Sp.; THAMM BB 1964 910 I.Sp.; KRAUSE BB 1952 997 III; BGH BGHZ 66 1973 285 ff.; OLG Koblenz AGBGE 1983 94.

159 Vgl. S/J OR 6 N 95; G/M/K 98; NÄGELI 233; KRAMER OR 1 N 12; SCHLÄPFER 75 FN 116; KGer Brig RVJ 1968 294; SCHMIDT-SALZER (1) D. 62, D. 77.

160 Vgl. STAUDINGER/DILCHER Vorbem. zu BGB 116–144 N 56; BGH BGHZ 61 1973 285 a.E.

161 Vgl. SCHMIDT-SALZER (1) D. 77, D. 83.

- 90 Geteilt sind die Meinungen darüber, ob die widerspruchslöse Leistungsabnahme seitens des Erstofferenten als konkludente Willenserklärung i.S. einer Zustimmung zur Zweitofferte gewertet werden darf (dafür die Vertreter der "Theorie des letzten Wortes", vgl. § 7 II.).

2. Umfang des Dissenses

- 91 Grundsätzlich bedeutet die modifizierte Auftragsbestätigung die Ablehnung der Offerte insgesamt, indem ein abweichender Vertragsinhalt vorgeschlagen wird, aufgrund dessen kein Konsens bezüglich des Inhalts der Offerte zustande kommt. Dieser Grundsatz bedarf der Differenzierung, bezieht sich doch die Abweichung in der Auftragsbestätigung i.d.R. nicht auf alle Punkte der Offerte. Im täglichen Rechtsleben wird die Abweichung zumeist nur einzelne Punkte betreffen, da beide Parteien das Geschäft an sich tätigen wollen und die modifizierte Auftragsbestätigung nur dem Versuch dient, sich gewisse günstigere Bedingungen zu verschaffen. Diese Fälle sind insofern vergleichbar mit jenen, in denen mittels kaufmännischer Bestätigungsschreiben versucht wird, nachträglich im Vertrag Ergänzungen anzubringen. Bezieht sich die Abweichung in der Auftragsbestätigung nur auf einzelne Punkte, die sich weder als objektiv noch subjektiv wesentlich qualifizieren lassen¹⁶², so ist der Vertrag dennoch aufgrund des Konsenses bezüglich der Hauptpunkte zustande gekommen¹⁶³. Im Rahmen der Modifikation herrscht Partialdissens¹⁶⁴. Um einen offenen Partialdissens handelt es sich, wenn sich die Parteien der Abweichung in einem Nebenpunkt durchaus bewusst sind, aber im Moment auf eine Klärung verzichten, um den Vertragsschluss nicht zu gefährden und um das Geschäft möglichst schnell abzuwickeln¹⁶⁵. Denkbar sind sodann auch Fälle des versteckten Partialdissenses, in denen die Divergenz zwischen Offerte und Akzept den Parteien erst nach Vertragsschluss offensichtlich wird¹⁶⁶. Aus der Vermutung von OR 2 I, die sich ausdrücklich auf Fälle des offenen Partialdissenses bezieht und die bezüglich des versteckten Partialdissenses analog angewendet wird, ergibt sich, dass die Divergenz in nur unwesentlichen Punkten dem Zustandekommen des Vertrages nicht entgegensteht¹⁶⁷.

162 Detaillierte Ausführungen dazu in § 9 IV.

163 Vgl. Allgemeines dazu bei S/J OR 1 N 84, 483; KRAMER OR 1 N 153 ff.; BUCHER 125 f.; v.T/P 190.

164 Zum Begriff Partialdissens vgl. KRAMER OR 1 N 152 ff.; BUCHER 126.

165 Vgl. DE LOUSANOFF NJW 1985 2922 I.Sp.; BGH NJW 1982 1751; OLG Köln DB 1980 924.

166 Vgl. SCHLECHTRIEM Fs. 77; LUKES JuS 1961 306.

167 Vgl. im allgemeinen dazu KRAMER OR 2 N 157; BECKER OR 2 N 2; v.T/P 190 bei FN 71.

Vgl. im besonderen dazu KRAMER OR 2 N 158, OR 2 N 18; S/J OR 2 N 59, OR 3 N 48.

- 92 Die modifizierte Auftragsbestätigung ist demnach insoweit i.S. einer Annahme, verbunden mit einer Offerte zur Änderung des Vertrages (Partialdissens im Rahmen der Änderungsofferte), zu interpretieren, als diese Änderung nur einen Nebenpunkt betrifft¹⁶⁸.

3. Fragen¹⁶⁹

- 93 Die rechtliche Behandlung von Fällen der modifizierten Auftragsbestätigung – deren Modifikation entweder individuell geformt oder vorformuliert ist – wirft zur Hauptsache zwei Fragen auf. Zum ersten ist unter dem Aspekt der Vermutung von OR 2 I die Frage zu beantworten, ob sich die Änderungen auf Vertragspunkte wesentlicher oder unwesentlicher Natur beziehen. Einzig wenn sich der Partialdissens im Rahmen der widersprüchlichen AGB auf wesentliche Vertragspunkte bezieht, muss das Zustandekommen des Vertrages verneint werden. Ferner ist die Frage abzuklären, ob überhaupt Dissens (Partialdissens) vorliegt, wenn die Parteien bereits zur Vertragsdurchführung geschritten sind¹⁷⁰. Zum zweiten ist unter dem Aspekt von OR 6 (analog zur stillschweigenden Annahme von Ergänzungen in Bestätigungsschreiben) zu untersuchen, ob diese Änderungen allenfalls einer stillschweigenden Annahme seitens des Erstofferenten zugänglich sind¹⁷¹. Falls diese Untersuchung einen negativen Befund ergibt, ist die Frage zu beantworten, auf welche Weise die Lücke im Rahmen des Partialdissenses zu füllen ist¹⁷².

168 Vgl. v.T/P 188 nach FN 51; KRAMER SJZ 1985 18 r.Sp.

169 Auf diese Fragen wird in § 9 eingetreten.

170 Zu dieser Frage sind in der Literatur bisher keine Lösungsansätze entwickelt worden.

171 Diese Fragen sind bereits formuliert, aber nicht abgeklärt worden, vgl. KRAMER OR 1 N 158 und SJZ 1985 18.

172 Vgl. S/J OR 2 N 59, N 67; KRAMER OR 2 N 17; v.T/P 190 bei FN 71.

§ 7 Theorien zur Lösung der “battle of the forms” bei Vertragsabschluss

Wegleitung

- 94 In diesem Paragraphen werden die verschiedenen von Lehre und Rechtsprechung zur Lösung der “battle of the forms” entwickelten Vorschläge dargestellt und kritisch beleuchtet. Dies dient zur Grobfiltrierung im Hinblick darauf, welche Lösungswege nach Schweizer Recht sachgerecht und demzufolge detailliert auszubauen sind (dazu § 9).

I. Standardsachverhalt

- 95 Den Untersuchungen der verschiedenen Theorien zur Lösung der “battle of the forms” bei Vertragsschluss wird ein einheitlicher Modellfall¹⁷³ zugrunde gelegt. Dieser Modellfall tritt je nach Modifikationen, die er in den einzelnen Situationen erfährt, in Variationen auf, welche sich aber auf das gleiche Muster, den Grundfall, zurückführen lassen. Wie bereits festgestellt, tritt die Kollisionsproblematik vornehmlich beim Warenkauf zwischen kaufmännischen Unternehmungen auf, die sich bei der rechtsgeschäftlichen Tätigkeit ihrer Einkaufs- bzw. Verkaufsbedingungen bedienen (vgl. N 48 ff.). Demzufolge ist für die weiteren Abklärungen, denen der Modellfall zugrunde gelegt wird, von geschäftserfahrenen und rechtskundigen Vertragspartnern auszugehen.
- 96 Der Modellfall: Der Käufer unterbreitet seine Offerte, indem er dem Bestellschreiben seine AGB zugrunde legt; der Verkäufer akzeptiert die Offerte, indem er der Auftragsbestätigung seinerseits die eigenen AGB beifügt. Eine andere Konstellation besteht darin, dass die Antragstellung vom Verkäufer (dem Lieferanten) ausgeht. Die AGB der Vertragsparteien werden sich in den meisten Fällen in einzelnen Punkten widersprechen, da sie dazu dienen, eigene spezifische Käufer- bzw. Verkäuferinteressen durchzusetzen (vgl. N 51).
- 97 Durch zusätzliche Bedingungen, die sowohl vom Käufer als auch vom Verkäufer statuiert werden können, erfährt der Grundfall Variationen. Diese können folgendermassen lauten:

- Dem Vertrag werden nur die eigenen AGB zugrunde gelegt (einfache Abwehrklausel bzw. Ausschlussklausel)¹⁷⁴.

173 Die Darstellung eines solchen Sachverhalts findet sich bei EBEL NJW 1978 1033 I; ähnliches Bsp. bei FLUME 674.

174 Siehe auch VON WESTPHALEN DB 1976 1318 f.

Weitere Bsp. in den Zusammenfassungen der Sachverhalte in: OLG Köln AGBGE 1980 Nr. 9; LG Düsseldorf WM 1980 1272; OLG Hamm BB 1979 701.

- Entgegenstehende Geschäftsbedingungen gelten nur bei schriftlicher Anerkennung (qualifizierte Abwehrklausel)¹⁷⁴.
- Vorbehaltlose Annahme oder Lieferung der Ware (Vertragsabwicklung bzw. Vertragserfüllung) gilt nicht als Anerkennung entgegenstehender AGB.

Diese Klauseln können sowohl Bestandteile der AGB der Parteien als auch Gegenstand individueller Formulierungen darstellen.

II. Theorie des letzten Wortes

- 98 Die Vertreter dieser Theorie¹⁷⁵ stellen sich grundsätzlich auf den Standpunkt, dass der Vertrag unter Einbezug derjenigen AGB zustande kommt, auf welche zuletzt in der modifizierten Auftragsbestätigung verwiesen worden ist, falls seitens des Bestellers kein Widerspruch erfolgt. Die Theorie des letzten Wortes (Th.d.l.W.) lässt sich nicht als einheitliche Lehrmeinung charakterisieren, sondern umfasst ein breites Spektrum von Meinungen, die nur im Grundsatz übereinstimmen und die je nach Variation des Grundfalles zu abweichenden Beurteilungen führen. Namentlich den Abwehrklauseln wird unterschiedliche Bedeutung beigemessen.

1. Grundfall und Grundlösung

- 99 Nach der auch in der Schweiz allgemein anerkannten Regel von BGB 150 II stellt die modifizierte Auftragsbestätigung aufgrund ihrer Abweichung vom Bestellschreiben die Ablehnung der darin enthaltenen Offerte (Erstofferte), verbunden mit einer neuen Offerte (Zweitofferte), dar¹⁷⁶. Bezüglich der Erstofferte herrscht nach den Vertretern der Th.d.l.W. Totaldissens, da die Ablehnung das ganze Angebot einschliesslich der unwidersprochenen Punkte erfasse. Bezüglich der Annahme der Zweitofferte sind aufgrund dieser Theorie grundsätzlich zwei unterschiedliche Interpretationen möglich:
- 100 Zum einen kann allein im Schweigen des Bestellers auf die modifizierte Auftragsbestätigung Zustimmung zu den Änderungsanträgen erblickt werden¹⁷⁷.

175 Zu dieser Theorie bekennen sich: J/G OR 18 N 469; EBEL BB 1978 1033 ff.; VOGT BB 1975 200 f.

Der BGH in: MRD 1954 744; BGHZ 18 1955 212; NJW 1963 1248.

In BGHZ 61 1973 282 hat sich der BGH teilweise von der Th.d.l.W. entfernt; ebenso in BB 1974 1136 und JZ 1977 602 = DB 1977 1311 = WM 1977 451.

176 Vgl. vorne N 86, 89 f.; FN 153.

Vgl. KRAMER SJZ 1985 18; EBEL NJW 1978 1033 r.Sp. und 1035 l.Sp.

177 Die Möglichkeit der stillschweigenden Annahme ist mehrmals erwähnt, ohne dass aber eine ausdrückliche Billigung dieser Lösung zu finden ist: EBEL NJW 1978 1033 f.;

Dies wird vor allem in solchen Fällen angenommen, in denen die gesamten Umstände ein solches Verhalten hinreichend deutlich als Einverständnis erscheinen lassen (vgl. BGH JZ 1977 603). Die entsprechenden Umstände, die einen solchen Schluss nahelegen, können z.B. in der fortlaufenden Anwendung der betreffenden AGB im Rahmen bisheriger Vertragsschlüsse zwischen den Parteien (zur Bedeutung laufender Geschäftsbeziehungen vgl. § 18 I.) oder in einer Branchenusage (vgl. § 19) bestehen. Nach BGH JZ 1977 603 liegen die entsprechenden Umstände ebenfalls vor, wenn die modifizierte Auftragsbestätigung auch die Vertragsmodalitäten, über die bereits Einigung erzielt worden ist, zu Beweis Zwecken festhält und mithin Elemente des kaufmännischen Bestätigungsschreibens enthält (vgl. Näheres dazu in § 10 IV.).

- 101 Zum andern kann erst die vorbehaltlose Einlassung des Offerenten auf die Vertragsabwicklung durch Leistungsabnahme als eine nach aussen erkennbare Willenserklärung gewertet werden, die als Einverständnis mit den Bedingungen derjenigen Partei aufzufassen ist, die zuletzt auf diese in der modifizierten Auftragsbestätigung verwiesen hat¹⁷⁸. Solange noch keine Leistungen erbracht sind, ist daher aus dieser Sicht wegen Dissensus über den Inhalt (aufgrund der modifizierten Auftragsbestätigung, BGB 150 II) noch kein Vertrag zustande gekommen. Wird jedoch die vertraglich geschuldete Leistung erst nach Ablauf des Zeitpunktes entgegengenommen, in dem der Offerent den Eingang der Antwort unter regelmässigen Umständen erwarten darf (i.S. von OR 5 I), so kann in der späteren Entgegennahme der Leistung regelmässig keine konkludente Billigung der modifizierten Auftragsbestätigung gesehen werden (vgl. BGH JZ 1977 603). Bei umgekehrter Rollenverteilung, wenn der Lieferant als Offerent auftritt und die modifizierte Auftragsbestätigung seitens des Bestellers ergeht, ist in der widerspruchsfreien Leistungserbringung das Einverständnis der erst-offerierenden Lieferanten zu den abweichenden gegnerischen Bedingungen zu erblicken (dazu einzig BGH NJW 1963 1248).

- 102 Die Th.d.I.W. basiert auf der Annahme, dass die modifizierte Auftragsbestätigung die Ablehnung der Erstofferte insgesamt bedeutet und dass diesbezüglich

BGHZ 18 1955 212 ff., wonach Schweigen nur unter ganz besonderen Umständen Annahme bedeute, die in casu nicht gegeben seien.

Ablehnend: Vgl. statt vieler FLUME 675 f.

Gem. BGH BGHZ 61 1973 286 c) und BGH BB 1974 1136 kann Schweigen auf eine modifizierte Auftragsbestätigung nur ganz ausnahmsweise als Zustimmung angesehen werden. Ebenso BGH JZ 1977 603 r.Sp.

- 178 Zu dieser Lösung bekennt sich die Mehrheit der Vertreter der Th.d.I.W.: J/G OR 18 N 469; EBEL NJW 1978 1033; VOGT BB 1975 201; BYDLINSKI 211 oben; der BGH in BGHZ 18 1955 212 und NJW 1963 1248.

Der BGH ist im Entscheid BGHZ 61 1973 282 noch teilweise der Th.d.I.W. verhaftet: Die widerspruchsfreie Leistungsannahme bedeutet dann etwa Zustimmung des Bestellers zu den gegnerischen AGB, wenn der Verkäufer vor der Abnahme der Ware deutlich zum Ausdruck bringt, dass er nur zu seinen Bedingungen zur Lieferung bereit ist. Ebenso der BGH in BB 1974 1136 und JZ 1977 602.

Der soweit einzig ersichtliche Entscheid in der Schweiz zur Kollisionsproblematik findet sich in HGer SG GVP 1977 31 f. In diesem Entscheid wurde in Anwendung der Th.d.I.W. entschieden.

Totaldissens herrscht. Eine Differenzierung i.S. einer Prüfung auf Partialdissens hin wird nicht vorgenommen; die Konsensvermutung von OR 2 I für Fälle des Partialdissenses wird nicht in die Überlegung miteinbezogen¹⁷⁹. Die Vertragsdurchführung wird als Indiz für das Zustandekommen des Vertrages aufgrund der Zweitofferte interpretiert (konkludentes Akzept durch Willensbetätigung i.S. von OR 1 II) und nicht etwa als Indiz des Konsenses bezüglich der wesentlichen Vertragspunkte aufgrund der Erstofferte¹⁸⁰.

2. Funktion der Abwehrklausel

- 103 Enthält nur die modifizierte Auftragsbestätigung eine Abwehrklausel, so zeigt dies keine weitere Wirkung; es bleibt bei der Geltung des letzten Wortes. Sind jedoch in der Offerte Abwehrklauseln enthalten, die sich gegen anderslautende AGB in der Annahme richten, so kommt diesen – je nach Lehrmeinung – Wirkung zu.

2.1. Neutralisationsfunktion der Abwehrklausel

- 104 Die Vertreter der Th.d.I.W. messen der Abwehrklausel unterschiedliche Bedeutung zu. Nach einer Meinung wird der Abwehrklausel eine Funktion unterstellt, die sich als Neutralisationsfunktion umschreiben lässt, da diese die Wirkung einer modifizierten Auftragsbestätigung aufhebt. Nach dieser Interpretation bewirkt eine in der Offerte enthaltene Abwehrklausel, dass bei der Kollision von AGB diese insoweit nicht gelten, wie sie sich widersprechen, unabhängig davon, ob sich in der modifizierten Auftragsbestätigung ihrerseits eine Abwehrklausel befindet¹⁸¹. Die Abwehrklausel des Offerenten bewirkt demnach, dass die Regelung von BGB 150 II suspendiert wird und die Th.d.I.W. in derart gelagerten

179 Vgl. KRAMER OR 1 N 158, OR 2 N 18; S/J OR 2 N 59, OR 3 N 48; Näheres dazu in § 9 IV.

Zum deutschen Recht vgl. ULMER AGBG 2 N 96, 98, der sich in Abweichung von der Auslegungsregel von BGB 154 I (Vermutung des Totaldissenses, im Gegensatz zu OR 2 I) für Partialdissens – beschränkt auf die Kollision – ausspricht, welcher somit dem Zustandekommen des Vertrages nicht entgegensteht.

180 Siehe auch: ULMER AGBG 2 N 95 mit Hinweisen auf die Judikatur in FN 179 und 180; VON WESTPHALEN DB 1976 1317 r.Sp.; KRAMER BGB 150 N 9.

181 J/G OR 18 N 469 a.E. unterstellen der Abwehrklausel des Offerenten diese Bedeutung, die m.E. als Neutralisationsfunktion zu bezeichnen ist.

Zur Bedeutung der Abwehrklausel ein Überblick über die Rechtsprechung des BGH: Die Th.d.I.W. ist erstmals in BGHZ 61 1973 282 partiell in Frage gestellt worden. Es wird ausgeführt, dass die Leistungsabnahme dann nicht Annahme der modifizierten Auftragsbestätigung bedeutet, wenn im Bestellschreiben eine Abwehrklausel enthalten ist und zusätzlich den AGB des Verkäufers bei Abnahme der Ware nochmals Widerspruch geleistet wird. Neutralisationsfunktion und mithin Suspendierung der Th.d.I.W.

Fällen nicht zur Anwendung kommt. Diesfalls bedeutet Leistungsabnahme nicht Zustimmung zu den gegnerischen AGB. Da auch der abweichend bestätigende Akzeptant seinerseits mit dem Verweis auf die eigenen AGB indirekt (konkulent) die gegnerischen Bedingungen abgelehnt hat, ist der Vertrag durch den Leistungsaustausch ohne die AGB der einen oder anderen Seite zustande gekommen¹⁸².

2.2. Funktionslosigkeit der Abwehrklausel

- 105 Nach einer anderen Ansicht wird die Abwehrklausel des Offerenten zur Funktionslosigkeit degradiert. Dies wird für jene Fälle behauptet, in denen der Akzeptant mittels der modifizierten Auftragsbestätigung der Lieferung ausschliesslich die eigenen AGB zugrunde legt (und diese allenfalls seinerseits noch mit einer qualifizierten Abwehrklausel versieht), da dadurch das ganze Bestellschreiben samt dessen Abwehrklausel abgelehnt wird¹⁸³. Der Besteller kann – folgt man

kommt der Abwehrklausel nur i.V.m. weiteren Widersprüchen zu. A.A. VOGT BB 1975 200, der diesem Entscheid aufgrund der besonderen Umstände nur singuläre Bedeutung zumisst und an der Massgeblichkeit der Th.d.I.W. festhält.

Ein weiteres Abrücken des BGH von der Th.d.I.W. ist in DB 1985 1687 (= NJW 1985 1838) festzustellen. Vgl. dazu auch DE LOUSANOFF NJW 1985 2924: Bereits die Abwehrklausel in der Offerte erfüllt die Neutralisationsfunktion, ohne dass die Voraussetzung des zusätzlichen Widerspruchs erfüllt sein muss.

Zusammengefasst präsentiert sich die Rechtsprechung des BGH zum Problem der "battle of the forms" aufgrund einer modifizierten Auftragsbestätigung wie folgt:

Befindet sich in der Bestellung des Offerenten keine Abwehrklausel, so bedeutet die Vertragsabwicklung, die Abnahme der Ware, Zustimmung zur Zweitofferte, wie sie in der modifizierten Auftragsbestätigung formuliert ist. Dies nach dem Grundsatz von BGB 150 II. Es gilt die Th.d.I.W. Befindet sich jedoch eine Abwehrklausel in der Offerte, so bedeutet die Abnahme der Lieferung nicht Zustimmung zu den abweichenden AGB des Verkäufers, da die Anwendung von BGB 150 II unter dem Grundsatz von Treu und Glauben steht. Aufgrund der Abwehrklausel kann der Lieferant die Leistungsabnahme nach dem Vertrauensprinzip nicht als Zustimmung interpretieren. Insofern kommt die Th.d.I.W. nicht zur Anwendung. Der Vertrag aber gilt aufgrund der Erstofferte als zustande gekommen. Im Rahmen der Kollision der AGB gilt dispositives Recht, währenddem die übereinstimmenden AGB-Klauseln Geltung zukommt (Kongruenzenregelung).

Eine grundsätzliche Abkehr von der Lösung über BGB 150 II erfolgte erstmals in OLG Köln DB 1980 924 und LG Düsseldorf WM 1980 1272, aber bis jetzt noch nie in einem Entscheid des BGH.

- 182 Diese Fallkonstellation kann mit keinem Nachweis aus Judikatur oder Literatur belegt werden, was darauf schliessen lässt, dass solche Umstände kaum je vorkommen. Zu einem abweichenden Resultat in einem analog gelagerten Fall gelangt GRASMANN DB 1971 561 ff.: Da einzig der Abwehrklausel des Offerenten aufgrund ihrer Qualifizierung rechtliche Erheblichkeit zugesprochen wird, findet die Th.d.I.W. keine Anwendung. Es werden dem Vertrag vielmehr die Bedingungen des Offerenten – eben wegen seiner Abwehrklausel – zugrunde gelegt.
- 183 Diese Meinung vertritt EBEL NJW 1978 1035: Die Abwehrklausel in den Einkaufsbedingungen entfaltet keine Wirkung, wenn es trotz des gegenteiligen Verweises in der modifizierten Auftragsbestätigung zur Leistungsabnahme gekommen ist. Folgt man EBEL, so stellt die Leistungsabnahme durch den Besteller den konkludenten Verzicht

dieser Interpretation der Wirkung der Abwehrklausel – nicht geltend machen, die Leistungsabnahme bedeute Nichtannahme der abweichenden Lieferbedingungen. Gleiches gilt selbstverständlich auch dann, wenn in das Bestellschreiben keine Abwehrklausel aufgenommen worden ist¹⁸⁴.

3. Form der Abwehrklausel

3.1. Qualifizierung der Abwehrklausel

- 106 Nach gewissen Meinungen in der deutschen Literatur wird der Abwehrklausel je nach Formulierung unterschiedliche Bedeutung zugemessen. Dieser Unterschied kommt dann zum Tragen, wenn zwei verschieden verfasste Abwehrklauseln in Offerte und Akzept aufeinandertreffen¹⁸⁵. Kollidieren die AGB des Offerenten und des Akzeptanten und enthalten sie unterschiedliche Abwehrklauseln, so gelangen diejenigen AGB zur Geltung, welche eine qualifizierte Klausel enthalten. Die einfache Abwehrklausel wird demnach durch die qualifizierte ihrer Wirkung enthoben. In diesem Bereich wird folglich das Kollisionsproblem nicht in Anwendung der Th.d.l.W. gelöst, sondern es wird auf die Form der AGB abgestellt¹⁸⁶.

3.2. Wirksamkeitsvorbehalt

- 107 Unter einem Wirksamkeitsvorbehalt ist der von einer Abwehrklausel unabhängige, nochmalige und individualisierte Widerspruch zu verstehen, mit welchem deutlich gemacht wird, keine gegnerischen AGB anzuerkennen¹⁸⁷. Wird der Wirksamkeitsvorbehalt vom Besteller geltend gemacht, so ist in der widerspruchlosen Entgegennahme der Leistung kein Einverständnis zur modifizierten Auftragsbestätigung zu sehen. Insofern wird die Anwendung der Th.d.l.W., billigt man dem Wirksamkeitsvorbehalt diese Wirkung zu, suspendiert. Bedient sich jedoch

auf das Durchsetzen der eigenen Bedingungen dar. Die Abwehrklausel wird dadurch konkludent widerrufen.

- 184 Siehe auch: SCHMIDT-SALZER (1) D. 68; WOLF/HORN/LINDACHER AGBG 2 N 73.

- 185 Zur Form der Abwehrklausel vgl. N 97.

- 186 Diese Ansicht wird von GRASMANN DB 1971 563 vertreten. Dem sind SCHLECHTRIEM Fs. 71 FN 17 und 77 FN 45 und VON WESTPHALEN DB 1976 1319 I.Sp. entgegengetreten.

- 187 Befürwortung der rechtlichen Erheblichkeit eines Wirksamkeitsvorbehalts durch ULMER AGBG 2 N 99, 96; VON WESTPHALEN DB 1976 1319 r.Sp.; BGH BGHZ 61 1973 287 f.; ablehnend: OLG Köln DB 1980 925 I.Sp.
Vgl. im weiteren DE LOUSANOFF NJW 1985 2924 I.Sp.; ULMER/SCHMIDT JuS 1984 20.

der abweichend Bestätigende eines Wirksamkeitsvorbehalts, so bedeutet Leistungsannahme seitens des Bestellers in Anwendung der Th.d.l.W. aufgrund von BGB 150 II Einverständnis mit den abweichenden AGB des Lieferanten (so BGH BGHZ 61 1973 287 f.).

4. Kritik der Theorie des letzten Wortes

4.1. Mangelnde Klarstellung der Vertragsbedingungen

- 108 Es entspricht äusserst verbreiteter Praxis, dass die Kontrahenten den Vertragsschluss im Interesse ihres geschäftlichen Fortkommens nicht an der mangelnden Einigung über die widersprüchlichen AGB scheitern lassen wollen¹⁸⁸, weshalb sie oftmals bewusst die Klärung der AGB-Geltungsfrage unterlassen. Dazu kommen noch zeitliche Gründe, die sie dazu veranlassen, von einer Klärung der Kollision Abstand zu nehmen. Deshalb ist im Zeitpunkt des Vertragsschlusses keiner Partei daran gelegen, diese Frage i.S. einer Durchsetzung der eigenen AGB zu klären. Erst wenn im Rahmen der Vertragsabwicklung Leistungsstörungen und Lieferungsverzögerungen auftreten, wird das Kollisionsproblem aktuell, da jetzt jede Partei an der Geltung der ihr günstigen eigenen AGB interessiert ist¹⁸⁹. Die Interessenlage, wie sie bei Vertragsabschluss bestanden hat, hat sich nunmehr geändert.
- 109 Es erscheint jedoch äusserst stossend, wenn einzig dem Erstofferenten die nachteiligen Folgen des wohlgemerkt gemeinsamen Unterlassens aufgebürdet werden, wie dies nach der Th.d.l.W. erfolgt. Es wäre doch an beiden Parteien gelegen, eine Klarstellung zu erwirken, wessen Bedingungen der Vertrag unterliegt. Die Anwendung von BGB 150 II erscheint diesfalls verfehlt, kann doch dem Besteller nicht die stillschweigende Annahme der widersprüchlichen gegnerischen AGB unterstellt werden, hat er sich doch gar nicht anders verhalten als sein Vertragsgegner¹⁹⁰. Die Unterlassung der Klarstellung ist beiden Parteien in gleichem Masse zuzuschreiben, weshalb es nicht ersichtlich ist, dass dann nur deren eine die nachteiligen Folgen zu tragen hat. Deshalb kann das Verhalten

188 Vgl. FLUME 676; SCHMIDT-SALZER (1) D. 68; SCHLECHTRIEM Fs. 68; EBERSTEIN 33.

OLG Köln DB 1980 925; OLG Karlsruhe BB 1972 1162; KEGEL JZ 1952 501 mit einem illustrativen Bsp., vgl. dazu N 232.

BGH NJW 1982 1751 I.Sp.: Man wollte die Frage der Geltung der AGB nicht hochspielen, um die Durchführung des Vertrages nicht zu gefährden.

189 OLG Koblenz AGBGE 1983 96: "Erst wenn sich Schwierigkeiten bei der Vertragsabwicklung ergeben, pflegen die Parteien darauf zurückzukommen, um die jeweils eigene Rechtsposition zu stärken."

190 Vgl. KRAMER SJZ 1985 20. OLG Köln DB 1980 925; BGH BGHZ 61 1973 285 f. und BGH BB 1974 1136: Es ist am Verfasser der modifizierten Auftragsbestätigung, klarstellend dafür Sorge zu tragen, dass seine abweichenden AGB Vertragsinhalt werden.

des Bestellers, das in Schweigen oder Leistungsannahme besteht, nicht als Zustimmung zur Vertragsänderung aufgefasst werden. Diesen Schluss legt die Interpretation seines Verhaltens nach Treu und Glauben nicht nahe; es handelt sich mithin nicht um einen Sachverhalt, der sich unter einen Tatbestand von OR 6 subsumieren lässt¹⁹¹.

4.2. Bedeutung der Vertragsdurchführung

- 110 Neben dem nicht ausgetragenen Streit ist auch die Durchführung des Vertrages ein Indiz, das gegen die Legitimation der Th.d.l.W. spricht. Damit zeigen beide Parteien nämlich, dass die Abwicklung des Geschäftes im Vordergrund steht, nicht etwa die Durchsetzung der eigenen AGB¹⁹². Das Zustandekommen des Vertrages hängt somit nicht von der AGB-Geltungsfrage ab. Zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ist keine der Parteien der Auffassung, dass die modifizierte Auftragsbestätigung die Ablehnung der Erstofferte, verbunden mit einer Zweitofferte, darstellt. Deshalb kann auch das Schweigen auf die modifizierte Auftragsbestätigung nach dem Vertrauensprinzip nicht als stillschweigende Willenserklärung i.S. einer Annahme (OR 6) interpretiert werden¹⁹³. Der Bestätigende selbst darf das Verhalten des Empfängers nicht dahingehend interpretieren und wird dies zu diesem Zeitpunkt i.d.R. auch kaum tun, da sein Interesse vor Vertragsabschluss einzig dem Zustandekommen des Geschäftes gilt.
- 111 Ferner widerspricht das Verhalten einer Partei, die in einer ersten Phase im Interesse des Geschäftsabschlusses die Unklarheit bezüglich der AGB-Geltungsfrage hinnimmt, in einer zweiten Phase nach Zustandekommen des Vertrages sich aber auf die Geltung der eigenen AGB beruft, als *venire contra factum proprium* Treu und Glauben und verdient nicht, geschützt zu werden¹⁹⁴.
- 112 Im weiteren erscheint auch der Einwand *Flumes* überzeugend, dass auch die Abnahme der Ware keine Annahme zu den Bedingungen des Bestätigenden dar-

191 Ähnlich argumentiert SCHMIDT-SALZER (1) D. 72 f.

Vgl. auch BGH BGHZ 61 1973 285 f., 287: Die Annahme der modifizierten Auftragsbestätigung kann in der widerspruchslosen Entgegennahme der Vertragsleistung liegen, sofern nach der Verkehrssitte und den Gesamtumständen ein solches Verhalten hinreichend deutlich auf ein Einverständnis schliessen lässt. Vgl. im weiteren BGH DB 1985 1687.

192 Vgl. RAISER 224 f.; SCHMIDT-SALZER (1) D. 68; SCHLECHTRIEM Fs. 76.

OLG Stuttgart AGBGE 1980 114: "Mit dieser Handlungsweise haben die Vertragspartner unter den gegebenen Umständen zu erkennen gegeben, dass sie den Vertrag auch unabhängig von den gegenseitigen Geschäftsbedingungen als abgeschlossen betrachten (...)."

193 Siehe auch BGH BGHZ 61 1973 288: Die Anwendung von BGB 150 II steht unter dem Grundsatz von Treu und Glauben. Sind die Parteien übereinstimmend vom Zustandekommen des Vertrages ausgegangen, so darf die modifizierte Auftragsbestätigung nicht als Ablehnung der Erstofferte insgesamt betrachtet werden, so dass die Regelung von BGB 150 II nicht zur Anwendung kommt.

194 Ähnlich dazu KRAMER BGB 154 N 7; ULMER AGBG 2 N 98; OLG Köln DB 1980 925 r.Sp.; siehe im allgemeinen MERZ ZGB 2 N 402.

stellt, da im Geschäftsverkehr niemand daran denkt, dass die Warenabnahme oder deren Bezahlung Annahme einer modifizierten Auftragsbestätigung bedeute¹⁹⁵. Aus diesem Grunde wird den Parteien bei der Erfüllung auch zumeist überhaupt ein Geschäftswille, der auf den Einbezug der Geschäftsbedingungen gerichtet ist, fehlen. Die vertrauens-theoretische Interpretation der Vertragsabwicklung führt vielmehr dazu, dass die Erfüllungshandlungen den Vertrag in Geltung setzen, und zwar ohne die Bedingungen der einen oder der anderen Partei. Die Parteien wollten ja gerade den Vertragsschluss nicht am Einigungsmangel bezüglich der AGB scheitern lassen und sind deshalb ohne Klärung der AGB-Geltungsfrage zur Vertragsdurchführung geschritten¹⁹⁶.

- 113 Die Beleuchtung unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensprinzips ergibt auch, dass den Abwehrklauseln in den Vertragserklärungen keine Bedeutung zukommt¹⁹⁷. Abwehrklauseln spiegeln, aufgrund ihres meist pauschalen formelhaften Charakters und ihrer unbedachten reflexmässigen Anwendung, m.E. nicht die Absicht des Verwenders wider, nur zu den eigenen Bedingungen zu kontrahieren und, falls dies nicht möglich ist, auf den Vertragsschluss zu verzichten: Denn nach der Erfahrung im Geschäftsleben ist den Parteien das Zustandekommen des Geschäftes wichtiger als die Durchsetzung der eigenen Bedingungen. Einzig der Wirksamkeitsvorbehalt deutet auf einen anderen Parteiwillen hin. Dieser Vorbehalt ist ein Indiz dafür, dass die Durchsetzung der eigenen AGB dem Interesse am Geschäftsabschluss vorgeht. Die vertrauens-theoretische Interpretation des Wirksamkeitsvorbehalts, in welchem eine Partei ausdrücklich und unmissverständlich deutlich macht, dass sie die Wirksamkeit des Vertrages vom Einbezug ihrer AGB abhängig macht, kann ergeben, dass der Vertragsschluss bei Nichteinigung über die AGB als gescheitert zu betrachten ist¹⁹⁸. Anders jedoch ist ein Wirksamkeitsvorbehalt zu interpretieren, wenn es bereits zur Vertragsdurchführung gekommen ist. Dies kann m.E. nur als nachträgliche Aufgabe des Wirksamkeitsvorbehalts gewertet werden, denn mit der Leistungserbringung gibt der Verwender zu erkennen, dass der geschäftlichen Abwicklung nunmehr Vorrang vor der Durchsetzung der eigenen AGB zukommt.

195 FLUME 676; ähnlicher Einwand bei SCHMIDT-SALZER (1) D. 66.

ULMER AGBG 2 N 98: "Angesichts der grossen Verbreitung der AGB-Verwendung im Handelsverkehr und der Häufigkeit der dabei auftretenden Kollisionen kann im Zweifel davon ausgegangen werden, dass die Parteien den Vertrag trotz fehlender Einigung über die in den jeweiligen AGB fixierte Rahmenordnung schliessen wollten." Ebenso OLG Koblenz AGBGE 1983 96.

LINDACHER JZ 1977 604 f.: "Bei normativer Auslegung kann das Verhalten des Empfängers der modifizierten Auftragsbestätigung durchaus nicht als Unterwerfung unter die fremden AGB gewertet werden. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb dem Hinweis des Bestellers auf seine AGB (erst recht bei zusätzlicher Verwendung einer 'Abwehrklausel') jede Bedeutung allein deshalb genommen sein soll, weil die Gegenseite nach jenem auf ihre AGB verwiesen hat."

196 Siehe auch OLG Koblenz AGBGE 1983 97; ULMER AGBG 2 N 98.

197 Gegen die Wirkung von Abwehrklauseln ULMER AGBG 2 N 98 f.; VON WESTPHALEN DB 1976 1318 ff.

198 Siehe auch ULMER AGBG 2 N 96, 99; VON WESTPHALEN DB 1976 1319 r.Sp.; vgl. im weiteren N 293 ff.

- 114 Im weiteren bereitet es bei mehrfacher wechselseitiger Korrespondenz Mühe, festzustellen, wer nun tatsächlich das letzte Wort gehabt hat¹⁹⁹.

5. Weitere Stellungnahmen

5.1. Negative Vertragsfreiheit

- 115 Nach Treu und Glauben trifft den Empfänger einer modifizierten Auftragsbestätigung grundsätzlich keine Obliegenheit zum Widerspruch, da aufgrund der Vertragsfreiheit keine Verpflichtung zur Annahme von Vertragsofferten besteht. Liegt kein besonderes Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien vor, wie es aus z.B. langjährigen Geschäftsbeziehungen hervorgehen kann (vgl. dazu § 18 I.), ist dem Empfänger der Widerspruch nicht zuzumuten und sein Schweigen demnach nicht als Zustimmung zur Zweitofferte zu werten²⁰⁰. Die vertrauens-theoretische Interpretation des unterlassenen Widerspruchs führt vielmehr dazu, dass der Vertrag ohne AGB einer Partei zustande gekommen ist. Denn aufgrund der Tatsache, dass im Geschäftsverkehr regelmässig ohne Klärung der AGB-Geltungsfrage direkt zur Vertragsdurchführung geschritten wird, darf sich der Empfänger der modifizierten Auftragsbestätigung darauf verlassen, dass der Vertrag bereits durch dieses Akzept aufgrund der Erstofferte zustande gekommen ist. Einzig die Klärung der AGB-Geltungsfrage durch den abweichend Annehmenden steht einer derartigen Interpretation seitens des Empfängers entgegen.

5.2. Partialdissens

- 116 Die Th.d.I.W., gestützt auf den auch im OR anerkannten Grundsatz von BGB 150 II, geht von einer undifferenzierten und somit unrichtigen Prämisse aus. Die Folge der modifizierten Auftragsbestätigung muss trotz ihrer Abweichung von der Offerte nicht in jedem Fall in Totaldissens bestehen. Auch im Rahmen des Anwendungsbereiches der Regel von BGB 150 II sind die Erklärungshandlungen der Parteien nach dem Vertrauensprinzip zu interpretieren (vgl. BGH BGHZ 61 1973 288). In den meisten Fallsituationen sind weder der Offerent noch der bestätigende Akzeptant der Auffassung, dass die modifizierte Auftragsbestätigung die Ablehnung der Erstofferte insgesamt bedeutet. Das Verhalten der Parteien, insbesondere die gegenseitige Leistungserbringung im Rahmen der

199 Vgl. VON WESTPHALEN DB 1976 1317; FLUME 675 f.; OLG Hamm BB 1979 702.

200 Vgl. SCHMIDT-SALZER (1) D. 80; ähnlich BGH BGHZ 61 1973 285 f.

Vgl. Allgemeines dazu bei BUCHER 83; OFTINGER 1 f.; v.T/P 247 f.; KELLER/SCHÖBI 75.

Vertragsabwicklung, lässt kaum auf Totaldissens schliessen²⁰¹. Gerade das Unterlassen der Klärung bezüglich der konkurrierenden Klauseln, damit der Vertragschluss nicht an einem diesbezüglichen Einigungsmangel scheitert, und die Realabwicklung des Vertrages zeigen deutlich, dass für die Parteien die Durchsetzung ihrer AGB gegenüber dem Zustandekommen des Rechtsgeschäftes von untergeordneter Bedeutung ist. Die Parteien haben sich vielmehr bezüglich der wesentlichen Vertragspunkte geeinigt, so dass die Konsensvermutung von OR 2 I, die auf Fallsituationen des Partialdissenses zugeschnitten ist, das Zustandekommen des Vertrages bewirkt (vgl. dazu § 9 IV.)²⁰². Allein ein Wirksamkeitsvorbehalt könnte diese Vermutung entkräften.

- 117 Zusammengefasst ist festzuhalten, dass nach der Th.d.l.W. die Leistungsabnahme seitens des Erstofferenten als Zustimmung zu den entgegengesetzten AGB in der modifizierten Auftragsbestätigung – der Zweitofferte – interpretiert wird. Diese Interpretation entspricht jedoch grundsätzlich nicht den erkennbaren Willen der Parteien, die vorab auf den Abschluss des Geschäftes abzielen.

III. These: Vertragsgeltung trotz AGB-Kollision

1. Grundfall und Grundlösung

- 118 Ausgangspunkt der nachfolgenden Betrachtungen stellt wiederum der Modellfall dar (vgl. N 95 ff.). Diese These ist nicht im Sinne bestehender terminologischer Klassifizierungen als Theorie, sondern vielmehr als Sammelbecken verwandter Lehrmeinungen zu verstehen. Ihr sind all jene Lehrmeinungen zuzuordnen, die – in Abweichung zur Th.d.l.W. – nicht in undifferenzierter Weise vom Grundsatz von BGB 150 II ausgehen und stets die modifizierte Auftragsbestätigung als Totalablehnung der Erstofferte interpretieren. Es handelt sich um Lehrmeinungen, die den konkreten Umständen Rechnung tragen und die den Vertrag aufgrund der Erstofferte trotz des Partialdissenses bezüglich der AGB als zustande gekommen erachten, wenn dies die vertrauens-theoretische Interpretation der Verhaltensweisen der Parteien ergibt. Dabei wird v.a. aus den Umständen der Vertragsdurchführung und der unterlassenen Klärung der AGB-Geltungsfrage (mitunter Momente, die gegen die Massgeblichkeit der Th.d.l.W. sprechen, vgl. N 108 ff.) geschlossen, dass der Partialdissens im Rahmen der AGB-Kollision der Geltung des Vertrages nicht entgegensteht²⁰³. Während in Anwendung der

201 Siehe auch ULMER AGBG 2 N 96; FLUME 676; SCHLECHTRIEM Fs. 77; VON WESTPHALEN DB 1976 1318 I.Sp.; EBERSTEIN 35.

202 Zum schweizerischen Recht vgl. KRAMER OR 2 N 158; S/J OR 2 N 59, OR 3 N 48. Zum deutschen Recht vgl. FN 179 (ULMER AGBG 2 N 96).

203 Im Gegensatz zur Th.d.l.W. ist die grundsätzliche Überlegung nach dieser These die folgende: Wer Ware an seinen Vertragspartner liefert, obwohl die Geltung kollidieren-

Th.d.l.W. bei Leistungsaustausch der Vertrag in jedem Fall aufgrund der modifizierten Auftragsbestätigung (der Zweitofferte) zustande kommt, ist nach dieser These der Vertragsabschluss nur dann zu bejahen, wenn dies in Anbetracht der Kollision auch dem erkennbaren Willen der Parteien entspricht. Bei diesbezüglich positivem Befund ist der Vertrag aufgrund der Erstofferte zustande gekommen, da dieser durch die modifizierte Auftragsbestätigung nur partiell, im Rahmen der AGB, widersprochen worden ist. Grundsätzlich muss deshalb nach der vorliegenden These davon ausgegangen werden, dass bei beidseitigem Verweis auf AGB die kollidierenden Klauseln weder der einen noch der anderen Partei gelten.

2. Rechtliche Grundlagen

2.1. Aufgrund des deutschen BGB

119 Im Gegensatz zur Rechtsprechung des BGH, die immer noch teilweise der Th.d.l.W. verhaftet ist²⁰⁴, lehnt die deutsche Lehre in den meisten Fallsituationen der AGB-Kollision bei Vertragsschluss die Anwendung von BGB 150 II beinahe einstimmig ab²⁰⁵. Auf dem gleichen Boden wie die überwiegende Lehre stehen im weiteren zahlreiche Instanzenengerichte²⁰⁶.

120 In Fallsituationen der AGB-Kollision wird grundsätzlich davon ausgegangen, dass der Dissens bezüglich der AGB-Geltungsfrage dem Zustandekommen des Vertrages nicht im Wege steht. Dies wird deshalb angenommen, weil sich die Parteien auf die wesentlichen Punkte des Geschäftes geeinigt haben und der Dissens bezüglich der AGB-Geltungsfrage nur ein partieller und zumeist auch

der AGB nicht geklärt worden ist, verzichtet auf die Klärung dieser Frage mit der Folge, dass die Annahme der Ware keinen Erklärungswert i.S. einer Unterwerfung unter die gegnerischen Geschäftsbedingungen besitzt.

204 Vgl. die Zusammenfassung der Rechtsprechung des BGH in FN 181; vgl. im weiteren DE LOUSANOFF NJW 1985 2924.

205 ULMER AGBG 2 N 92 ff.; WOLF/HORN/LINDACHER AGBG 2 N 72 ff.; KRAMER BGB 150 N 4 ff.; FLUME 672 ff.; RAISER 220 ff.; SCHMIDT-SALZER (1) D. 65 ff., D. 80; SCHMIDT-SALZER (2) 591 ff.; SCHLECHTRIEM Fs. 67 ff.; SCHLECHTRIEM BB 1974 1309 ff.; VON WESTPHALEN DB 1976 1317 ff.; LINDACHER JZ 1977 604 ff.; LINDACHER WM 1981 702 ff.; DE LOUSANOFF NJW 1985 2921 ff.; DE LOUSANOFF NJW 1982 1727 ff.; STRIEWE JuS 1982 728 ff.; ULMER/SCHMIDT JuS 1984 18 ff.; KRAUSE BB 1952 996 ff.; THAMM BB 1964 910 ff.; LUKES JuS 1961 305 ff.

A.A. EBEL NJW 1978 1033 ff. und VOGT BB 1975 200 f., die aufgrund der rechtlichen Konzeption des BGB nach wie vor die Th.d.l.W. für massgeblich halten.

206 OLG Koblenz AGBGE 1983 Nr. 11 = BB 1984 1319; OLG Hamm AGBGE 1983 Nr. 10 = BB 1983 1814; LG Düsseldorf AGBGE 1980 Nr. 10 = WM 1980 1272; OLG Köln AGBGE 1980 Nr. 9 = BB 1980 1237 = DB 1980 924 = WM 1980 905; OG Karlsruhe BB 1972 1162.

marginaler ist²⁰⁷. Im Einzelfall hängt der Vertragsabschluss davon ab, welche Bedeutung die Parteien in erkennbarer Weise dem partiellen Dissens beimessen. Der Partialdissens wird zumeist unwesentliche Punkte betreffen, die den Vertragsschluss nicht hindern; insbesondere sicher dann, wenn die Parteien trotz der Divergenz zur Vertragsabwicklung schreiten²⁰⁸.

Bezüglich der rechtlichen Erfassung ist zwischen Fallsituationen des offenen und des versteckten Partialdissenses zu unterscheiden:

- 121 Für den Fall des offenen Dissenses besteht in BGB 154 I eine Auslegungsregel, die besagt, dass – solange sich die Parteien nicht über alle Punkte des Vertrags geeinigt haben, über die auch nur nach dem Willen einer Partei eine Vereinbarung getroffen werden soll – der Vertrag im Zweifel als nicht zustande gekommen gilt²⁰⁹. Diese Auslegungsregel kommt aber dann nicht zur Anwendung, wenn die Verhaltensweisen der Parteien im konkreten Fall auf das Zustandekommen des Vertrages schliessen lassen. Indem diese die Klärung der AGB-Geltungsfrage unterlassen oder, noch deutlicher, indem sie trotz dieser zur Vertragsdurchführung schreiten²¹⁰, geben sie unzweifelhaft zu erkennen, dass der Partialdissens bezüglich der AGB-Geltungsfrage dem Zustandekommen des Vertrages nicht entgegensteht²¹¹.
- 122 Oftmals aber werden die Parteien die Nichtübereinstimmung der AGB zur Zeit des Vertragsabschlusses gar nicht bemerken²¹². Die Divergenz wird erst bei Vertragsstörungen im Rahmen der Vertragsabwicklung oder in noch späterem

207 Vgl. KRAMER BGB 150 N 9; SCHLECHTRIEM Fs. 76 f.; VON WESTPHALEN DB 1976 1318; STRIEWE JuS 1982 730 r.Sp.

208 Vgl. KRAMER BGB 150 N 9; ULMER AGBG 2 N 96, 98; SCHLECHTRIEM Fs. 76 f.

209 KRAMER BGB 154 N 1, 6 f.; STAUDINGER/DILCHER BGB 154 N 1 ff.

210 Vgl. KRAMER BGB 150 N 9, BGB 154 N 7; WOLF/HORN/LINDACHER AGBG 2 N 72; SCHLECHTRIEM Fs. 76; VON WESTPHALEN DB 1976 1318 l.Sp.; STAUDINGER/DILCHER BGB 154 N 3.

ULMER AGBG 2 N 98 gelangt zum gleichen Resultat, aber mit anderer Begründung, indem er in derart gelagerten Fällen von der Umkehrung der Auslegungsregel von BGB 154 I ausgeht.

Etwas zurückhaltender beim Übergehen der Auslegungsregel von BGB 154 I ist LINDACHER JZ 1977 604 r.Sp., der die vertragliche Bindung im Zweifel selbst dann ausschliesst, wenn anzunehmen ist, dass Besteller und Lieferant mehrheitlich den Geschäftsabschluss unabhängig von der AGB-Geltungsfrage bereits in dieser Phase wollten. Nach LINDACHER ist zunächst die modifizierte Auftragsbestätigung gem. BGB 150 II als Zweitofferte unter Ablehnung der Erstofferte zu werten. Kommt es in der Folge aber trotz des Partialdissenses in der AGB-Geltungsfrage zum Leistungsaustausch, so geben die Parteien damit zu erkennen, dass der Vertrag gültig zustande gekommen ist; "die Unwirksamkeitsvermutung des § 154 I S. 1 BGB ist ex post als widerlegt zu betrachten". LINDACHER a.a.O. 605.

211 Vgl. OLG Köln DB 1980 925; OLG Hamm BB 1979 702. Durch die Vertragsdurchführung geben die Parteien zu erkennen, dass sie sich trotz der Differenzen bezüglich der AGB als vertraglich gebunden erachten.

Siehe auch KRAMER BGB 154 N 7: Es wäre ein *venire contra factum proprium*, wenn der Vertrag zuerst vollzogen und erst danach sich eine Partei auf die Ungültigkeit berufen würde.

212 KRAMER BGB 150 N 4; SCHLECHTRIEM Fs. 77; SCHLECHTRIEM BB 1974 1310 l.Sp.; LUKES JuS 1961 306 l.Sp.

Zeitpunkt offensichtlich. In diesen Fällen versteckten Dissenses gelangt die Norm von BGB 155 I zur Anwendung, die besagt, dass der Vertrag als zustande gekommen anzusehen ist, wenn anzunehmen sei, dass jener auch ohne die kollidierenden AGB geschlossen worden wäre²¹³. Auch in diesen Fallsituationen lässt die Tatsache der Durchführung des Vertrages darauf schliessen, dass die Parteien dem Abschluss des Geschäftes den Vorrang vor der rechtlichen Perfektion einräumen. Ansonsten hätten sie sich mit der AGB-Geltungsfrage auseinandergesetzt, die Kollision entdeckt und die Inkorporation der jeweils eigenen Bedingungen angestrebt.

- 123 Im Rahmen des partiellen Dissenses kommt nach wie vor BGB 150 II zur Anwendung. Die modifizierte Auftragsbestätigung führt einerseits aufgrund des Konsenses in den wesentlichen Punkten als Teilakzept zum Vertrag und bedeutet andererseits im Rahmen der gegensätzlichen AGB Ablehnung der Erstofferte durch Unterbreitung einer abweichenden Zweitofferte²¹⁴. Diese Zweitofferte erfährt in der Folge aber keine Ausnahme seitens des Erstofferenten, weder durch Schweigen noch durch Leistungsabnahme (dies ergibt sich aus vertrauens-theoretischen Überlegungen, vgl. N 115).

2.2. Aufgrund des schweizerischen OR

- 124 Die in der Schweiz herrschende Lehre²¹⁵ steht grundsätzlich auf dem gleichen Standpunkt wie diejenige in Deutschland, wenngleich auch die rechtlichen Konstruktionen einander nicht entsprechen. Die Vermutung von OR 2 I, dass Dissens in Nebenpunkten dem Zustandekommen des Vertrages nicht entgegenstehe, ist sowohl auf Fälle des offenen wie auch – durch Auslegung der Norm – auf Fälle des versteckten Partialdissenses anwendbar²¹⁶. Im Gegensatz zur Auslegungsregel von BGB 154 I ist es für das Zustandekommen des Vertrages nach OR 2 I nicht erforderlich, dass die Verhaltensweisen der Parteien – insbesondere die spätere Vertragsdurchführung – ihrem Willen Ausdruck geben, den Vertrag trotz des Partialdissenses anzuerkennen (detailliert dazu § 9 IV.). Diese Verschiedenheit ergibt sich daraus, dass BGB 154 I weder zwischen wesentlichen

213 KRAMER BGB 150 N 4, BGB 155 N 1: “Das Vereinbarte muss vielmehr gelten, falls der Punkt, über den eine Einigung noch nicht erfolgt ist, sich im Sinne der Parteien als so unwesentlich darstellt, dass anzunehmen ist, sie würden den Vertrag geschlossen haben, selbst wenn sie sich des Mangels der Einigung über den Punkt bewusst gewesen wären ...”

Vgl. auch BGH NJW 1963 1248, wo die Vorinstanz (OLG Hamm) in Anwendung von BGB 155 das Zustandekommen des Vertrages infolge versteckten Dissenses verneinte, der BGH daraufhin aber den Vertragsschluss aufgrund der Th.d.I.W. bejahte.

214 KRAMER BGB 150 N 4.

215 KRAMER OR 1 N 160; BUCHER 137; GIGER 66; S/J OR 1 N 485. Einzig J/G OR 18 469 sprechen sich für die Anwendbarkeit der Th.d.I.W. aus.

216 KRAMER OR 1 N 157, OR 2 N 17; BECKER OR 2 N 2; v.T/P 190 bei FN 71; BGE 103 II 194 ff.

und unwesentlichen Vertragspunkten unterscheidet²¹⁷ noch eine Vermutung i.S. von OR 2 I enthält. Mit der Annahme der Erstofferte ist der Vertrag aufgrund der Vermutung von OR 2 I zustande gekommen, sofern sich die AGB-Divergenz einzig auf unwesentliche Punkte bezieht (zur Definition der Wesentlichkeit vgl. N 169).

3. Einzelfragen

- 125 Diese Fragen erfahren eine detaillierte Abklärung in bezug auf eine Lösung der "battle of the forms" nach Schweizer Recht in § 9 IX. Aus Gründen der Systematik und der Abgrenzung sind jedoch gewisse Erläuterungen dazu bereits in diesem Paragraphen erforderlich.

3.1. Lückenfüllung

- 126 Uneinig sind sich die Vertreter dieser These, ob durch die "battle of the forms" die AGB der Parteien insgesamt dahinfallen oder ob nur die jeweils divergierenden Klauseln davon betroffen sind (vgl. dazu § 9 VII.).

3.2. Bedeutung von Abwehrklauseln

- 127 Der Bestand von Abwehrklauseln in Vertragserklärungen der Parteien, seien es einfache oder qualifizierte, ist für die Beurteilung des Kollisionsproblems unerheblich²¹⁸. Dies ergibt sich aus der vertrauensrechtlichen Interpretation des Verhaltens des Verwenders oder der Verwender von Abwehrklauseln. Im einzelnen bestehen zwei Gründe, die gegen die Wirksamkeit von Abwehrklauseln sprechen: Zum einen geben Abwehrklauseln aufgrund ihrer reflexmässigen Anwendung im Einzelfall (vgl. N 113) nicht die Absicht des Verwenders wieder, einzig zu den eigenen Bedingungen zu kontrahieren. Zum andern deutet die Vertragsabwicklung ohne vorherige Klärung der AGB-Geltungsfrage darauf hin,

217 Näheres bei KRAMER BGB 154 N 3 ff.; KRAMER OR 2 N 4.

218 So die überwiegende Lehre in Deutschland: ULMER AGBG 2 N 98; VON WESTPHALEN DB 1976 1319 r.Sp.; SCHLECHTRIEM Fs. 71 FN 17, 77 FN 45; STRIEWE JuS 1982 730; ULMER/SCHMIDT JuS 1984 20 l.Sp.; SCHMIDT-SALZER (1) D. 69. OLG Köln DB 1980 925; OLG Koblenz AGBGE 1983 94, 96.

A.A. WOLF/HORN/LINDACHER AGBG 2 N 76–76, die darauf abstellen, ob und von wem solche Klauseln statuiert werden.

Unzutreffend OLG Hamm AGBGE 1983 90, in dem fälschlicherweise dem Entscheid OLG Köln DB 1980 924 unterstellt wird, den Abwehrklauseln komme Bedeutung zu.

dass auch dem Verwender einer Abwehrklausel der Geschäftsabschluss einer Durchsetzung der eigenen AGB vorgeht²¹⁹.

- 128 Ferner bedarf es m.E. zur Ablehnung der gegnerischen AGB keiner Abwehrklausel, denn durch die Inbezugnahme der eigenen Bedingungen wird unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass fremde abweichende Bedingungen nicht akzeptiert werden. Unter dem Blickwinkel des Vertrauensprinzips sind der bloße Verweis auf eigene AGB sowie auch der Verweis, kombiniert mit einer Abwehrklausel, gleichermassen als Ablehnung entgegenstehender gegnerischer AGB zu werten²²⁰.

3.3. Bedeutung von Wirksamkeitsvorbehalten

- 129 Dem Wirksamkeitsvorbehalt, dem von einer Abwehrklausel unabhängigen, nochmaligen und individualisierten Widerspruch, mit dem deutlich gemacht wird, keine gegnerischen AGB anzuerkennen, wird je nach Lehrmeinung Wirkung beigemessen²²¹. Die Aufnahme eines Wirksamkeitsvorbehalts in einer Vertragsklärung führt dazu, dass dem Dissens in der AGB-Geltungsfrage nunmehr Bedeutung zukommt. Die individuelle und gesonderte Ablehnung gegensätzlicher AGB kann in objektiv erkennbarer Weise deutlich machen, dass der Verwender der Durchsetzung seiner AGB Vorrang vor dem Zustandekommen des Vertrages einräumt. Durch die Kundgabe eines solchen Vorbehalts lässt sich gegebenenfalls die Vermutung von OR 2 I, der Partialdissens im Rahmen der AGB-Kollision beziehe sich lediglich auf unwesentliche Vertragspunkte, entkräften, so dass diese partielle Nichteinigung im Totaldissens resultiert. Bei der Betrachtung aufgrund des deutschen BGB bewirkt ein Wirksamkeitsvorbehalt, dass in Anwendung der Auslegungsregel von BGB 154 I (für Fälle des offenen Partialdissenses, vgl. N 121) bei Nichteinigung über die AGB der Vertrag insgesamt nicht zustande gekommen ist.
- 130 Nach Massgabe von OR 2 I sowie auch von BGB 154 I steht fest, dass der Vertrag aufgrund der Erstofferte nicht zustande gekommen ist. In derart gelager-

219 Vgl. statt vieler: OLG Koblenz AGBGE 1983 97; OLG Köln DB 1980 924.

220 Unzutreffend WOLF/HORN/LINDACHER AGBG 2 N 73, die teilweise in Anwendung an die Th.d.l.W. entscheiden: Ist im AGB-Verweis des Offerenten keine Abwehrklausel enthalten, so setzen sich bei Vertragsabwicklung die AGB des Akzeptanten durch, unabhängig davon, ob diese eine solche Klausel beinhalten oder nicht.

In gleich unzutreffender Weise stellt auch der BGH in seiner neuesten Rechtsprechung in DB 1985 1687 (vgl. FN 181) darauf ab, ob die Offerte eine Abwehrklausel beinhaltet. Dagegen sprechen sowohl die Argumente gegen die Th.d.l.W. (unterlassene Klärung der AGB-Geltungsfrage N 108 f. und Vertragsdurchführung N 110 ff.) wie auch die Tatsache, dass auch bloße AGB-Verweise seitens des Offerenten als Ablehnung abweichender gegnerischer Bedingungen zu verstehen sind.

221 Dafür: ULMER AGBG 2 N 99, 96; VON WESTPHALEN DB 1976 1319 r.Sp.; BGH BGHZ 61 1973 287 f.

Dagegen OLG Köln DB 1980 925 l.Sp.; vgl. dazu auch DE LOUSANOFF NJW 1982 1730.

ten Fallsituationen kommt der Grundsatz von BGB 150 II zur Anwendung: Die modifizierte Auftragsbestätigung ist als Totalablehnung der Offerte, verbunden mit einem neuen Antrag, zu verstehen. Das Schweigen des Erstofferenten ist aber m.E. keinesfalls als Zustimmung zur Zweitofferte aufzufassen, sei der Wirksamkeitsvorbehalt von ihm selbst oder vom Auftragsbestätigenden statuiert worden. Einen solchen Schluss legt die Interpretation des Schweigens des Erstofferenten nach dem Vertrauensprinzip für gewöhnlich nicht nahe (vgl. N 297)²²².

- 131 Schreiten aber die Parteien trotz der offensichtlichen Nichteinigung zur Vertragsabwicklung, so kann dies m.A. nach nichts anderes bedeuten als die nachträgliche Aufgabe des Wirksamkeitsvorbehalts. Die Willensbetätigungen der Parteien, der Austausch der Vertragsleistungen, ausgelegt nach dem Vertrauensprinzip, zeigen, dass die Parteien der geschäftlichen Abwicklung den Vorrang vor der Durchsetzung der eigenen AGB einräumen²²³.

3.4. Unterwerfung unter gegnerische AGB

- 132 Der grundsätzliche Lösungsweg über OR 2 I bzw. BGB 154 I und 155, der zu meist zum Vertragsschluss ohne Geltung von AGB führt, bedeutet jedoch nicht, dass in besonders gelagerten Fällen der Vertrag nicht zu den Bedingungen der einen oder anderen Partei zustande kommen kann. Dies ist dann möglich, wenn eine Partei auf die Durchsetzung ihrer AGB zugunsten derjenigen der anderen Partei verzichtet²²⁴. Eine Unterwerfung unter die gegnerischen Bedingungen kann z.B. erfolgen, um das Geschäft schnellstmöglich abzuwickeln oder um die einvernehmlichen Geschäftsbeziehungen nicht zu belasten.

222 Nach ULMER AGBG 2 N 99 führt BGB 150 II in Fallsituationen, in denen der Verwender der modifizierten Auftragsbestätigung sich eines Wirksamkeitsvorbehalts bedient, dann zum Vertragsschluss, wenn sich der Erstofferent den gegnerischen Bedingungen unterwirft. Dieser Lösung ist sicher zuzustimmen, sofern die Unterwerfung ausdrücklich erfolgt. Allein in der Leistungsabnahme seitens des Erstofferenten kann aber keine Zustimmung erblickt werden, denn indem die Parteien ohne Klärung der AGB-Kollision zur Vertragsabwicklung geschritten sind, haben sie beide auf die Durchsetzung ihrer AGB verzichtet.

223 Ebenso, aber mit anderer Begründung OLG Köln DB 1980 925 = BB 1980 1237. Anders wohl ULMER AGBG 2 N 99 FN 190, der den Entscheid des OLG Köln ablehnt.

A.A. der BGH in BGHZ 61 1973 287 f., der bei Vertragsabwicklung aufgrund des Wirksamkeitsvorbehalts in Anwendung der Th.d.l.W. entscheidet und somit die Bedingungen des abweichend Bestätigenden dem Vertrag zugrunde legt.

224 Vgl. KRAMER OR 1 N 160; SCHLECHTRIEM Fs. 77; STRIEWE JuS 1982 731 I.Sp.; ULMER AGBG 2 N 99; WOLF/HORN/LINDACHER AGBG 2 N 76; KRAMER BGB 150 N 9.

4. Schlussbemerkungen

- 133 Im Gegensatz zur Th.d.I.W. führt die Anwendung der eben erläuterten These dazu, dass der Vertrag bereits aufgrund der Erstofferte durch das in die Form einer modifizierten Auftragsbestätigung gekleidete Akzept zustande kommt und nicht erst aufgrund der Auftragsbestätigung durch die Vertragsabwicklung²²⁵. Dies gilt sowohl in Anwendung von OR 2 I wie auch von BGB 154 I bzw. 155. Die vertrauenstheoretische Interpretation der Verhaltensweisen der Parteien anhand der konkreten Umstände und in Anbetracht der allgemeinen Erfahrung im Geschäftsleben legt diesen Schluss i.d.R. nahe (vgl. N 116).
- 134 Die Lösung, die sich in Anwendung dieser These ergibt, nämlich dass der Vertrag ohne die Bedingungen der einen oder anderen Partei zustande kommt, stellt auch keine unzumutbare Erschwerung des geschäftlichen Verkehrs dar. "Bei der heutigen Nachrichtenübermittlung ist es den Vertragsparteien auch bei Geschäften, die unter Zeitdruck abgeschlossen werden müssen oder Auslandsbeziehungen betreffen, in aller Regel unschwer möglich, die Frage, wessen Geschäftsbedingungen gelten sollen, rasch zu klären. Wer dies unterlässt oder eine Einigung vor der Vertragsabwicklung nicht abwartet, handelt auf eigenes Risiko" (BGH JZ 1977 603).

IV. These: Massgabe der Verweisung

- 135 Diese Lehrmeinung wurde nur von einem Autor, von Schmidt-Salzer^{225a}, für das deutsche Recht vertreten, 1977 dann aber fallengelassen²²⁶. Nach dieser These wird beim Entscheid, wessen Bedingungen dem Vertrag zugrunde liegen, auf die Art der Verweisung der Parteien auf ihre AGB abgestellt. Dabei wird zwischen formulärmässiger und individueller Verweisung unterschieden. Nach Schmidt-Salzer soll nur der sogenannten individuellen Verweisung auf AGB, welche
- 225 Für das deutsche Recht siehe auch KRAMER BGB 154 N 7; ULMER AGBG 2 N 98; SCHLECHTRIEM Fs. 76.
KRAMER BGB 154 N 7: "Vertragsbindung ist vor allem dann anzunehmen, wenn die Parteien ungeachtet ihres offenen Dissenses mit der tatsächlichen Vertragsdurchführung beginnen ..." "die Unwirksamkeitsvermutung von § 154 I S. 1 BGB ist ex post als widerlegt zu betrachten." LINDACHER JZ 1977 605.
Für das schweizerische Recht vgl. § 9 VI., v.a. N 217 ff.
- 225a SCHMIDT-SALZER (3): Allgemeine Geschäftsbedingungen, 1. A., München 1971, v.a. N 50 ff. und 65 ff.
SCHMIDT-SALZER (2): Auftragsbestätigung, Bestätigungsschreiben und kollidierende Allgemeine Geschäftsbedingungen in BB 1971 591 ff., v.a. 596 f.
Ablehnung bei VON WESTPHALEN DB 1976 1319; SCHLECHTRIEM Fs. 71 N 17, 77 N 44.
Weder Rechtsprechung noch Literatur haben sich je dem Lösungsvorschlag von SCHMIDT-SALZER angeschlossen.
- 226 SCHMIDT-SALZER (1): Allgemeine Geschäftsbedingungen, 2. A., München 1977, v.a. D. 65 ff. und D. 80 ff.

individuell auf den entsprechenden Vertragspartner und konkret auf das betreffende Vertragsverhältnis Bezug nimmt, rechtliche Wirkung zukommen²²⁷. Erfolgt der Verweis auf die eigenen AGB in Bestellschreiben oder Auftragsbestätigung in generell-abstrakter Form, ohne auf den Vertragspartner und den konkreten Vertragsschluss Bezug zu nehmen, so wird dieser als formularmässig bezeichnet und bleibt wirkungslos. Es wird demnach einzig auf die Form und nicht auf den Inhalt der Verweisung abgestellt.

- 136 Daraus folgt, dass sowohl bei einseitigem wie auch beidseitigem formularmässigem Verweis auf AGB weder die einen noch die anderen Bedingungen Vertragsinhalt werden. Der Vertrag kommt vielmehr durch Leistungsaustausche ohne Inkorporation von AGB zustande²²⁸. Nehmen beide Parteien in individueller Form auf ihre AGB Bezug, so führt dies zu einer Kollision, da beiden Verweisungen aufgrund ihrer Individualität Rechtswirkung zukommt. Diesfalls gelangen weder die AGB der einen noch der anderen Partei zur Vertragsgeltung, denn keine der Parteien darf davon ausgehen, die andere habe die entgegenstehenden AGB akzeptiert. Der Vertrag kommt wiederum erst durch die Realabwicklung ohne AGB zustande²²⁹. In den beiden eben vorgestellten Fallsituationen wird dieser Lösungsvorschlag, falls es zur Realabwicklung der Vertragsleistungen kommt (was aufgrund der Geschäftsinteressen der Parteien i.d.R. anzunehmen ist), zu gleichem Resultat wie die Anwendung der These der Vertragsgeltung trotz AGB-Kollision führen. Trifft jedoch eine formularmässige auf eine individuelle Verweisung, so setzt sich nach Schmidt-Salzer die zweite durch. Der Vertrag kommt, anders als in den oben erwähnten Fallsituationen, bereits durch die Korrespondenz zustande²³⁰.

- 137 M.E. rechtfertigt es sich nicht, auf die Differenzierung der Form der Verweisungserklärungen abzustellen, denn auch in einer formularmässigen, generell-abstrakten Bezugnahme ist der klare Wille des Verwenders auf Inkorporation seiner AGB ersichtlich. Allein Unterschiede in der Form der Inbezugnahme von AGB rechtfertigen eine abweichende Interpretation der Willenserklärung einer Partei nicht, wenn nicht weitere schlüssige Umstände hinzukommen. Des weiteren ist in jeder Bezugnahme auf eigene AGB, formularmässig oder individuell, implizit die Ablehnung der gegnerischen Bedingungen sicher insoweit enthalten, wie sie einander widersprechen (vgl. N 128). Zu diesem Resultat muss die Interpretation der Erklärung des Vertragspartners nach dem Vertrauensprinzip führen,

227 SCHMIDT-SALZER (2) 596 I.Sp.: "... auch kathegorische Ablehnungen der Anerkennung fremder Bedingungen sind rechtlich unerheblich, wenn sie nur formularmässig erfolgten ..."

228 Nach SCHMIDT-SALZER (3) N 53 und (2) 596 I.Sp. kommt der Vertrag in Abweichung zur These der Vertragsgeltung trotz AGB-Kollision (vgl. N 133) erst mit dem Leistungsaustausch zustande. Desgleichen kommt auch nach Massgabe der Th.d.l.W. der Vertrag erst mit der Leistungsannahme seitens des Erstofferenten zustande (vgl. N 101), im Unterschied zu SCHMIDT-SALZER allerdings unter Einbezug der zuletzt verwiesenen AGB.

229 SCHMIDT-SALZER (3) N 57 und (2) 597 I.Sp.

230 SCHMIDT-SALZER (3) N 56 und (2) 596 r.Sp.

denn es spielt keine Rolle, in welcher Form dieser auf die AGB verwiesen hat; sein erkennbarer Wille bleibt der gleiche, es sei denn, weitere Umstände führten zu einem anderen Schluss²³¹.

V. These: Massgabe der vertragstypischen Leistung

138 Nach dieser Ansicht sind die AGB derjenigen Partei dem Vertrag zugrunde zu legen, welche die vertragstypische Leistung erbringt, die Leistung, die dem Vertrag sein Gepräge gibt. Diese Lösungsvariante ist für jene Rechtsgeschäfte entwickelt worden, in denen sich die Parteien auf die Üblichkeit der Geltung ihrer AGB verlassen und deshalb im Einzelfall nicht ausdrücklich darauf verwiesen haben²³². Es handelt sich um Verträge in Geschäftsbereichen, in welchen es erfahrungsgemäss geradezu allgemeinkundig ist, dass ein bestimmter Unternehmer allein nur zu den eigenen AGB kontrahiert. Als Geschäftsbereiche, in denen solche Verkehrssitten herrschen, werden der Bankverkehr und das Speditionswesen genannt²³³. Nach dieser Lehrmeinung führen nun jene Geschäftspraxen dazu, dass ungeachtet der Umstände des Einzelfalles die generelle Präsumtion aufgestellt werden kann, die besagt, dass jeder, der mit den genannten Unternehmungen Verträge abschliesst, sich ihren Bedingungen unterwirft²³⁴. Es gelten aufgrund der Verkehrssitte stets die AGB der Bank oder des Speditionsunternehmens, der Erbringer der vertragstypischen Leistung. Findet das Rechtsgeschäft aber zwischen zwei Unternehmen gleicher Art, z.B. zwischen zwei Banken, statt, so ist zu entscheiden, welches der beiden Institute die banktypische Leistung erbringt und welches Institut eher als Kunde erscheint²³⁵. Im Falle der AGB-Kollision gelten dann die AGB des Erbringers der typischen Leistung.

139 Diesen Lösungsvorschlag nun generell auf die Kollisionsproblematik anzuwenden, erscheint verfehlt. Dies würde zu einer Ungleichbehandlung der Parteien führen, indem stets der Verkäufer mit seinen AGB durchdringen würde. Ein solches Vorgehen ist im weiteren abzulehnen, da die unterlassene Klarstellung beiden Parteien vorzuwerfen ist (vgl. N 108 f.) und da die Vertragsdurch-

231 SCHMIDT-SALZER (1) D. 69 billigt nun der individuellen und der formularmässigen Verweisung die gleiche Wirkung zu und schliesst sich somit der These der Vertragsgeltung trotz AGB-Kollision an.

232 Vgl. RAISER 225; CANARIS Anm. 1208 f.

233 Vgl. RAISER 225; CANARIS Anm. 1209.

234 Vgl. RAISER 225. Für die Schweiz vgl. KLEINER 10 ff., der annimmt, dass derjenige, der mit einer Bank Geschäfte abschliesst, sich generell in allen Fällen den AGB dieser stillschweigend unterwirft, da er weiss, dass diese nur unter Zugrundelegung der eigenen Bedingungen kontrahiert.

A.A. die h.L.: NÄGELI 243 ff.; MERZ (1) 144 ff.; SCHULER 106 f.; FORSTMOSER (1) 35, 37.

235 Vgl. CANARIS Anm. 1217.

führung zeigt (vgl. N 110 ff.), dass auch der Erbringer der vertragstypischen Leistung dem Zustandekommen des Geschäftes grössere Bedeutung beimisst als der Durchsetzung der eigenen AGB. Zudem ist der Geltungsgrund der AGB rechtsgeschäftlicher Natur; die Parteiwillen bezüglich der Einbeziehung von AGB sind im Einzelfall zu eruieren, weshalb die generelle Annahme, dass bei bestimmten Rechtsgeschäften stets dieselben Bedingungen zur Anwendung gelangen, abzulehnen ist (vgl. dazu § 19 I.).

VI. These: Geltung der AGB des Offerenten

- 140 Diese These stellt im Gegensatz zur Th.d.l.W. auf das erste Wort, auf den Inhalt der Offerte ab. In diesem Sinne entschied der BGH im Urteil vom 12. Februar 1952 (BB 1952 238 = NJW 1952 499). Begründet wurde der Entscheid damit, dass der Annehmende, wenn er die AGB des Offerenten nicht gelten lassen wolle, dies in der Annahme unzweideutig zum Ausdruck zu bringen habe. Hierfür genügen der Verweis auf die eigenen AGB und die Aufnahme einer Abwehrklausel in die modifizierte Auftragsbestätigung nicht. Das Schweigen hierauf ist nicht als Annahme der in der modifizierten Auftragsbestätigung enthaltenen Zweitofferte zu interpretieren. Hingegen aber bewirkt die Leistungserbringung des abweichend Bestätigenden, trotz des Schweigens des Bestellers auf die modifizierte Auftragsbestätigung, dass der Vertrag aufgrund der AGB des letzteren zustande kommt. Die Regel von BGB 150 II kommt diesfalls nicht zur Anwendung, da auch in diesem Bereich der Grundsatz von Treu und Glauben gilt, dessen Anwendung zu einer anderen Auslegung führt.
- 141 Diese Lösung ist gleichermassen wie diejenige aufgrund der Th.d.l.W. nicht haltbar, denn der Besteller kann sich nach Treu und Glauben ebensowenig auf die Geltung seiner AGB verlassen, hat doch auch er keine Schritte zur diesbezüglichen Klärung unternommen, obwohl er von der Ablehnung seiner Bedingungen durch den Vertragspartner gewusst hat. Es sind die gleichen Argumente, welche sowohl gegen die Th.d.l.W. wie auch gegen die Geltung der AGB des Bestellers sprechen (vgl. N 108 ff.). Die Unterlassung der Klarstellung ist beiden Parteien in gleichem Masse zuzuschreiben, weshalb nicht ersichtlich ist, dass nur eine Partei die nachteiligen Folgen zu tragen hat. Der Besteller darf das Verhalten des Lieferanten, die Leistungserbringung, nicht als Annahme seiner AGB interpretieren, hat dieser doch gerade eben in der modifizierten Auftragsbestätigung auf die eigenen AGB verwiesen und damit der Geltung der gegnerischen Bedingungen konkludent widersprochen (vgl. N 128) und dazu womöglich noch eine Abwehrklausel oder einen Wirksamkeitsvorbehalt statuiert.

Zusammenfassung

- 142 Darstellung und Analyse der einzelnen Lösungsvorschläge zur “battle of the forms” ergeben soweit, dass von den beiden von Lehre und Praxis in der Schweiz und in Deutschland ernsthaft vertretenen Varianten – der Th.d.l.W. und der Vertragsgeltung trotz AGB-Kollision – der letzteren grundsätzlich der Vorrang einzuräumen ist. Es sprechen – wie gezeigt – zu viele Gründe gegen die Anwendung der Th.d.l.W. Im weiteren ist deshalb die Lösung der Problematik der “battle of the forms” in Anwendung der These der Vertragsgeltung trotz AGB-Kollision anhand des Modellfalles aufgrund des OR detailliert abzuklären (dazu § 9). Im zweiten Teil der Arbeit wird dann die dabei gewonnene Erkenntnis auf weitere Fallkonstellationen mit “battle of the forms” und anderen Verweisungsproblemen angewendet.

Abschnitt 4

Lösung von Basisfällen nach Schweizer Recht

Wegleitung

- 143 In diesem Abschnitt wird anhand zweier Fallbetrachtungen, den Basisfällen, auf Probleme der Inbezugnahme Allgemeiner Geschäftsbedingungen, insbesondere auf die Kollisionsproblematik, eingegangen. Die Basisfälle entsprechen denjenigen Fallkonstellationen des tatsächlichen Rechtslebens, die im Rahmen der AGB-Verweisung mittels Bestätigungsschreibens und Auftragsbestätigung am häufigsten auftreten.

§ 8 Basisfall 1: Verweis auf Allgemeine Geschäftsbedingungen durch kaufmännische Bestätigungsschreiben

Wegleitung

- 144 Die Erläuterungen allgemeiner Natur über die rechtliche Erfassung des kaufmännischen Bestätigungsschreibens erfolgte grundsätzlich in § 5. An dieser Stelle wird neben der Darstellung des Basisfalles 1 v.a. unter dem Titel "Einzelfragen" auf Nebenprobleme eingetreten, die sich im Zusammenhang mit der Einbezugsproblematik stellen können.

I. Basisfall und Grundlösung

Der Sachverhalt des Basisfalles 1 ist derjenige des einseitigen Verweises auf AGB nach Vertragsschluss. Einer der Vertragspartner versucht mittels kaufmännischen Bestätigungsschreibens nachträglich seine AGB dem Vertrag zugrunde zu legen²³⁶, obwohl der Einbezug von AGB anlässlich der Vertragsverhandlungen gar nicht zur Sprache gekommen ist. Bei dieser Fallbetrachtung ist von geschäftserfahrenen und rechtskundigen (dazu N 3 ff.) Parteien auszugehen, denn nur unter

²³⁶ Fallbeispiele hierzu: HGer SG GVP 1969 35; HGer ZH SJZ 1945 321; ObGer TG SJZ 1944 146; BGH NJW 1982 1751; LG Frankfurt BB 1974 60; BGH JZ 1971 134; BGH MRD 1968 491; BGH BB 1962 902.

dieser Voraussetzung kann dem Bestätigungsschreiben bei Schweigen des Empfängers rechtserzeugende Kraft zukommen (vgl. N 64). Es entspricht bei kommerziellen Kaufverträgen weitverbreiteter Praxis, dass sich die Parteien mündlich, fernmündlich oder fernschriftlich zum Zweck der beschleunigten Vertragsabwicklung lediglich über die Hauptleistungspflichten einigen, ohne die detaillierte Ausgestaltung des Schuldverhältnisses vollumfänglich zu regeln (z.B. HGer ZH SJZ 1945 321; BGH MRD 1968 491). Dies wird dann häufig mittels Bestätigungsschreibens seitens einer Partei, meist des Lieferanten, nachgeholt²³⁷. Im weiteren kommt es oft vor, dass sich die Parteien, ungeachtet des Umfangs der mündlich erzielten Einigung, eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens bedienen, da dies der geschäftlichen Gewohnheit entspricht. Betreffen sodann die AGB Gegenstände, über die bereits eine Einigung vorliegt, so gehen die betreffenden Individualabreden vor (vgl. N 30 ff.). Ganz allgemein lässt sich feststellen, dass Vertragsparteien, unabhängig von der bisher erfolgten Einigung, versuchen, mittels kaufmännischen Bestätigungsschreibens dem Vertrag die eigenen AGB zugrunde zu legen²³⁸.

146 Bei Fallsituationen des einseitigen Verweises auf AGB mittels Bestätigungsschreibens kommt es zu keiner "battle of the forms", es sei denn, dass die Parteien anlässlich der vorangegangenen Einigung bereits bestimmte AGB dem Vertrage inkorporiert haben. (Dazu und zu weiteren Fallkonstellationen des einseitigen Verweises auf AGB mittels kaufmännischen Bestätigungsschreibens vgl. § 15 II.) Das Einbezugsproblem der AGB im Basisfall 1 beurteilt sich im wesentlichen nach den allgemeinen Grundsätzen der Konstitutivwirkung von Abweichungen in kaufmännischen Bestätigungsschreiben (vgl. N 70 ff.), wobei gewisse Bereiche differenziert zu behandeln sind (vgl. N 76 ff.).

147 Beim Entscheid, ob die im Bestätigungsschreiben verwiesenen AGB aufgrund des Schweigens des Empfängers vertragsergänzend wirken, ist auf deren Inhalt abzustellen, auf deren objektive Konsensfähigkeit. Es ist deshalb unzutreffend, wenn die Ergänzungswirkung von in Bestätigungsschreiben verwiesenen AGB generell bejaht oder kategorisch abgelehnt wird²³⁹. Analog zum Bestätigungsschreiben, dessen Klauseln individuell gefasst sind, bestimmt der Inhalt des

237 In all den in FN 236 aufgelisteten Fällen des einseitigen Verweises auf AGB in Bestätigungsschreiben waren es die Verkäufer bzw. Lieferanten, die zu diesem Mittel griffen. Soweit ersichtlich sind keine Urteile publiziert worden, wo allein der Käufer ein solches Schreiben verwendet.

Zu Fällen wechselseitiger Bestätigungsschreiben vgl. § 16.

Zur Rationalisierungsfunktion von AGB vgl. N 1.

238 Vgl. SCHLOSSER/C-W/GRABA AGBG 2 N 115; STAUDINGER/SCHLOSSER AGBG 2 N 79; LINDACHER WM 1981 702.

239 Auf ein solches unrichtiges Vorgehen deuten die folgenden Entscheide hin: In HGer ZH SJZ 1945 321 wird auf die Regelmässigkeit der Inkorporierung von AGB in Verträge abgestellt, ohne Berücksichtigung des konkreten Inhalts. Anders, aber auch unzutreffend, wird in ObGer TG SJZ 1944 146 darauf hingewiesen, dass AGB als solche nicht auf dem Weg abweichender Bestätigungsschreiben nachträglich in den Vertrag inkorporiert werden können. Ebenso BYDLINSKI 210, der die nachträgliche Ergänzung durch AGB mittels kaufmännischer Bestätigungsschreiben kategorisch ablehnt.

Bestätigungsschreibens im konkreten Fall die Konsensfähigkeit. Dabei ist es im weiteren nicht erforderlich, dass alle AGB-Klauseln eines Konsenses durch Schweigen zugänglich sind (vgl. N 78 ff.). Wirken die AGB insgesamt als eine die erkennbaren Empfängerinteressen respektierende Vertragsergänzung, so stehen einige nicht konsensfähige Klauseln der Ergänzungswirkung der übrigen konsensfähigen Klauseln nicht entgegen.

- 148 Die in den AGB enthaltenen Vertragsergänzungen werden zumeist dann zum Tragen kommen bzw. Streitgegenstand bilden, wenn es bei der Vertragsabwicklung zu Störungen kommt²⁴⁰. Dabei wird untersucht, ob die betreffende AGB-Klausel, die für den Rechtsstreit relevant ist, z.B. die Einschränkung der Gewährleistung, der Selbstlieferungsvorbehalt oder der Eigentumsvorbehalt, aufgrund des Schweigens des Empfängers überhaupt dem Vertragsverhältnis inkorporiert worden ist. Dabei ist m.E. in einem ersten Schritt, bevor die einzelnen Klauseln untersucht werden, zu prüfen, ob die AGB insgesamt einen konsensfähigen Eindruck auf den Empfänger machen. Nur wenn diese Voraussetzung erfüllt ist, darf der Absender davon ausgehen, dass der Empfänger die AGB zur Kenntnis nimmt und bei deren Ablehnung widerspricht (vgl. N 81). Fällt diese erste Prüfung positiv aus, ist in einem zweiten Schritt zu entscheiden, ob die den Rechtsstreit betreffende einzelne Klausel, z.B. die Modifikation der gesetzlichen Gewährleistung, durch das Schweigen des Empfängers auf das Bestätigungsschreiben Vertragsinhalt geworden ist. Dies ist zu bejahen, wenn die Ergänzung gegenüber dem dispositiven Recht den Interessen des Empfängers in gleichem Masse Rechnung trägt oder wenn die Ergänzung – mangels dispositiver Vergleichsnormen – die erkennbaren Interessen des Empfängers nicht in fühlbarer Weise beeinträchtigt (vgl. N 73).

- 149 Unter diesen aus dem Vertrauensprinzip fließenden Formeln betrachtet, erscheinen sowohl eine Beschränkung der Mängelrügefrist (ObGer TG SJZ 1944 146) wie auch ein Eigentumsvorbehalt (BGH NJW 1982 1751), eine Gerichtsstandsklausel (LG Frankfurt BB 1974 60), der Ausschluss von Schadenersatzansprüchen (BGH JZ 1971 134) und ein Selbstlieferungsvorbehalt (BGH MRD 1968 491) als nicht konsensfähig, auch wenn die einzelnen Gerichte teilweise anders entschieden haben²⁴¹.

240 ObGer TG SJZ 1944 146: Die AGB des Lieferanten beschränken u.a. die Mängelrüge in zeitlicher Hinsicht, weshalb dieser wegen nicht rechtzeitig erfolgter Mängelrüge die Gewährleistungsansprüche verweigert. Das Ger erachtete den AGB-Einbezug als ungültig.

BGH MRD 1968 491: Die AGB enthalten u.a. einen Selbstbelieferungsvorbehalt. Dieser wird der Leistungsklage des Käufers entgegengehalten. Das Ger schützt diesen Vorbehalt.

BGH NJW 1982 1751: Die AGB des Verkäufers enthalten einen Eigentumsvorbehalt, der im Konkurs des Käufers geltend gemacht wird. Dieser Klausel wird Konstitutivwirkung zugesprochen.

241 Zur Kritik der Rechtsprechung des BGH, die in allzu leichtfertiger Weise von der Konstitutivwirkung nachträglich verwiesener AGB ausgeht, vgl. LIEB JZ 1971 137. Bsp. konstitutiv wirkender Ergänzungen in N 70 f.

II. Einzelfragen

- 150 Bei diesen Einzelfragen handelt es sich um Probleme, die im Zusammenhang mit dem Versuch der Vertragsergänzung durch AGB mittels kaufmännischen Bestätigungsschreibens auftreten können.

1. Benennung des Schreibens

- 151 Der überwiegende Teil der Lehre ist der Ansicht, die Bezeichnung des Schreibens sei unerheblich, insbesondere hindere die Benennung des Bestätigungsschreibens als Auftragsbestätigung dessen rechtserzeugende Wirkung nicht²⁴². Grundsätzlich gilt, dass das Schreiben aufgrund seines äusseren Erscheinungsbildes – das mitunter auch durch den Titel geprägt ist – beim Empfänger den Eindruck der Bestätigung des eben geschlossenen Vertrages hervorrufen muss²⁴³. Dabei steht allein die Bezeichnung als Auftragsbestätigung der rechtserzeugenden Wirkung des Bestätigungsschreibens nicht entgegen. Einem geschäftserfahrenen und rechtskundigen Empfänger ist bei gehöriger Sorgfalt ohne weiteres erkennbar, was für einen Zweck der Bestätigende mit einem solchen Schreiben verfolgt²⁴⁴.

2. Forderung nach Gegenbestätigung

- 152 Um Klarheit bezüglich des nachträglichen Einbezugs von AGB zu schaffen, kann im Bestätigungsschreiben um Gegenbestätigung des Empfängers ersucht werden²⁴⁵. Diesfalls darf der Absender aus dem Schweigen des Empfängers nicht auf Zustimmung schliessen, da dieser sich aufgrund der Gegenbestätigungsklausel in guten Treuen darauf verlassen darf, dass sein Schweigen nicht als Zustimmung interpretiert wird. In solchen Fällen erübrigt sich die Prüfung der AGB-Klauseln auf ihre objektive Konsensfähigkeit von vornherein; die allgemeinen Rechtsgrundsätze über das kaufmännische Bestätigungsschreiben kommen nicht zur Anwendung. Allein die Gegenbestätigung entscheidet über den nachträglichen Einbezug der AGB.

242 SCHMIDLIN OR 6 N 82; KRAMER BGB 151 N 27; S/H HGB 346 N 113; SCHMIDT-SALZER (1) D. 60.

243 Desgleichen der BGH: WM 1974 410; JZ 1971 135; MRD 1968 491.

244 LIEB JZ 1971 136 fordert in Übertreibung des Vertrauensschutzes des Empfängers die ausdrückliche Bezeichnung als Bestätigungsschreiben.

245 Vgl. SCHLÄPFER 80 VI; S/J OR 6 N 20, 97, 101; KRAMER BGB 151 N 32; S/H HGB 346 N 114; BGH NJW 1964 1269.

3. Vorbehalt in Nebenpunkten/Vorbehalt der Schriftlichkeit

153 Im Geschäftsverkehr kommt es häufig vor, dass sich die mündliche, fernmündliche oder fernschriftliche Einigung nur auf die Hauptleistungspflichten bezieht, während die tatsächliche Ausgestaltung des Vertragsverhältnisses ungeregelt bleibt. Nun kann es aber vorkommen, dass die Parteien sich die Regelung dieser Nebenpunkte – die tatsächliche Ausgestaltung – vorbehalten, statt diese Tatsache einfach zu übergehen (vgl. N 145). Dieser Vorbehalt kann sich in den Wendungen wie z.B. “Brief folgt”, “Bestätigung schriftlich” oder “schriftliche Bestellung” manifestieren²⁴⁶. Diese Wendungen können nun je nach Umständen zwei unterschiedliche Auslegungen erfahren. Zum einen kann darin der Vorbehalt der schriftlichen Annahme²⁴⁷ – allenfalls verbunden mit Ergänzungen – gesehen werden. Darauf deutet v.a. die Wendung “schriftliche Bestellung” hin. Zum andern kann darin zum Ausdruck kommen, dass die Parteien den Vertrag trotz der Regelungslücke bezüglich gewisser Nebenpunkte nach OR 2 I als zustande gekommen betrachten²⁴⁸. Eine solche Auslegung ist dann naheliegend, wenn der Zusatz “Bestätigung schriftlich” verwendet wird. Nur die konkreten Umstände des Einzelfalles jedoch vermögen darüber Aufschluss zu geben, wie der Schriftformvorbehalt zu verstehen ist.

154 Folgt man der ersten Interpretation, so kommt dem Schweigen auf ein Bestätigungsschreiben keine Konstitutivwirkung zu, da der Empfänger – als Verwender des Schriftformvorbehalts – den Abschluss des Vertrages von der schriftlichen Annahme abhängig gemacht hat²⁴⁹. Folgt man der zweiten Interpretation, so können zur Regelung dieser vorbehaltenen Nebenpunkte nun kaufmännische Bestätigungsschreiben benutzt werden, mit welchen versucht wird, die Regelungslücke durch die eigenen AGB zu schliessen²⁵⁰. Dabei kommt je nach Vertragsergänzung dem Schweigen der Gegenpartei Konstitutivwirkung zu. Erzielen die Parteien über diese Nebenpunkte keine Einigung, weil den im Bestätigungsschreiben verwiesenen AGB-Klauseln keine objektive Konsensfähigkeit zukommt oder der Inkorporierung der AGB widersprochen worden ist, so kommt es im Rahmen der Regelungslücke zur Vertragsergänzung nach OR 2 II²⁵¹.

246 Dieser Vorbehalt kann bereits anlässlich der Vertragsverhandlungen statuiert werden oder Inhalt eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens darstellen (vgl. S/H HGB 346 N 123), sofern der Vertrag noch nicht zustande gekommen ist.

247 Zu dieser Interpretation der Schriftformklausel vgl. S/H HGB 346 N 123; STAUDINGER/DILCHER Vorbem. zu BGB 116–144 N 55; BGH BB 1970 1324; BGH 1961 954; vgl. auch N 344.

248 So NÄGELI 260; Näheres bei KRAMER OR 2 N 15; S/J OR 2 N 20; OFTINGER 20.

249 BGH BB 1970 1324: “Wird in einem kaufmännischen Bestätigungsschreiben ein Vertragsschluss bestätigt, so gilt das Schweigen des Empfängers dann nicht als Zustimmung, wenn dieser dem Bestätigenden gegenüber den Abschluss des Vertrages von seiner schriftlichen Annahmeerklärung abhängig gemacht hat.” Ebenso S/H HGB 346 N 123.

250 Zur wechselseitigen Statuierung von kaufmännischen Bestätigungsschreiben vgl. § 16 II.

251 Näheres bei KRAMER OR 2 N 21 ff.; S/J OR 2 N 45 ff.

4. Bestätigungsschreiben als Gültigkeitserfordernis

- 155 Haben die Parteien das Zustandekommen des Vertrages ausdrücklich von gleichlautenden Bestätigungsschreiben abhängig gemacht, so ist der Vertrag erst mit Vorliegen jener zustande gekommen²⁵². In diesem Fall ist es keiner Partei möglich, mittels Bestätigungsschreibens Vertragsergänzungen durch die eigenen AGB zu erwirken. Aufgrund der Vereinbarung des wechselseitigen Austausches gleichlautender Schreiben würde es Treu und Glauben widersprechen²⁵³, ergänzende AGB in das Schreiben aufzunehmen und den unterlassenen Widerspruch des Empfängers als Zustimmung hierzu zu interpretieren. Der Empfänger darf aufgrund der Abmachung darauf vertrauen, dass das Bestätigungsschreiben, welches ihm zukommt, inhaltlich dem vorbesprochenen Vertrag entspricht.
- 156 Um eine ähnliche Fallkonstellation handelt es sich, wenn eine Partei das Zustandekommen des Vertrages von ihrer schriftlichen Annahme abhängig macht. In diesen Fällen kommt einem Bestätigungsschreiben der Gegenpartei, auch wenn es an sich objektiv konsensfähig ist, keine rechtserzeugende Wirkung zu²⁵⁴.

5. Zulassung des Nachweises weiterer mündlicher Vereinbarungen

- 157 Es ist durchaus nicht erforderlich, dass das kaufmännische Bestätigungsschreiben den ganzen Vertragsinhalt vollständig zusammenfasst²⁵⁵. Dem Schreiben kommt zwar die Vermutung der Vollständigkeit und der Richtigkeit zu, die jedoch durch einen entsprechenden Nachweis des Empfängers beseitigt werden kann²⁵⁶. In vielen Fällen wird das Bestätigungsschreiben nur gerade dazu benutzt, dem Vertrag nachträglich AGB zu inkorporieren, ohne aber den Inhalt des Vertrages vollständig wiederzugeben (vgl. BGH WM 1973 1198). Der Empfänger kann trotz seines Schweigens auf das Schreiben neben dem Nachweis der Unrichtigkeit auch den Nachweis erbringen, dass noch weitere Abreden mündlich getroffen worden sind (vgl. BGH NJW 1964 589).

252 Vgl. DIEDERICHSEN JuS 1966 130 r.Sp.; S/H HGB 346 N 107; HABERKORN MRD 1968 108 l.Sp.; BGH BB 1961 954; BGH NJW 1964 1269.

253 Ein solches Verhalten stellt ein Treu und Glauben verletzendes venire contra facium proprium dar und verdient deshalb keinen Schutz. Näheres bei MERZ ZGB 2 N 402.

254 Vgl. S/H HGB 346 N 123; STAUDINGER/DILCHER Vorbem. zu BGB 116–144 N 55; BGH BB 1970 1324.

255 So SCHMIDLIN OR 6 N 82; a.A. SCHLOSSER/C-W/GRABA ABGB N 112; STAUDINGER/SCHLOSSER ABGB 2 N 76.

256 Zur Beweisfunktion des kaufmännischen Bestätigungsschreibens vgl. FN 113. Vgl. im weiteren SCHMIDLIN OR 6 N 84 f.; S/H HGB 346 N 134; DIEDERICHSEN JuS 1966 137 r.Sp.; BGH NJW 1964 589.

6. Vertragsabschluss durch Vertreter

- 158 Grundlage zur Statuierung eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens ist nicht unbedingt nur ein zustande gekommener Vertragsschluss. Unter Umständen genügt es auch, dass lediglich Vertragsverhandlungen vorhergegangen sind (vgl. N 56). Sind nun die Vertragsverhandlungen mit einem vollmachtlosen Stellvertreter geführt worden und wird daraufhin dem Vertretenen ein Bestätigungsschreiben zugesandt, in dem der vermeintliche Vertragsschluss bestätigt und auf AGB verwiesen wird, so trifft diesen gleichwohl eine Widerspruchsobliegenheit²⁵⁷. Voraussetzung dazu ist, dass die objektiven Umstände derart beschaffen sind, dass dem Verwender des Bestätigungsschreibens die mangelnde Vertretungsmacht bei gehöriger Sorgfalt (i.S. von ZGB 3 II) nicht erkennbar gewesen ist (vgl. HGer ZH ZR 1947 178). (Zu beweistechnischen Fragen vgl. N 63 f., 65 ff.) Sind die entsprechenden Voraussetzungen gegeben, muss der Vertretene als Empfänger des Bestätigungsschreibens widersprechen, da er allein schon aus dessen Zustellung schliessen muss, dass vermeintlicherweise ein Vertrag mit ihm zustande gekommen ist. Widerspricht der Vertretene nicht, so gibt er damit eine Vollmacht kund, die er überhaupt nicht erteilt hat. Es handelt sich um eine externe Vollmacht, eine Rechtsscheinvollmacht, auf welche OR 33 III sinngemäss anzuwenden ist²⁵⁸.
- 159 Das Bestätigungsschreiben besteht m.E. in solchen Fällen aus zwei Teilen, die rechtlich unterschiedlich zu behandeln sind. Neben der reinen Vertragsbestätigung, deren Wirkung eben erörtert wurde, kann auch eine Vertragsergänzung durch Bezugnahme auf AGB im Schreiben enthalten sein. Die rechts-erzeugende Wirkung der AGB-Klauseln bestimmt sich nach den allgemeinen Grundsätzen der Konstitutivwirkung von Vertragsergänzungen in Bestätigungsschreiben (vgl. N 72 f., 147 f.).

257 SCHMIDLIN OR 6 N 106; S/H HGB 346 N 111; EBERSTEIN 33 FN 14; FLUME 664; HGer ZH ZR 1947 178; OLG Karlsruhe DB 1976 865.

258 Vgl. G/S/J N 1035; v.T/P 358; KELLER/SCHÖBI 63.

§ 9 Basisfall 2: Verweis auf Allgemeine Geschäftsbedingungen durch modifizierte Auftragsbestätigungen

Wegleitung

- 160 Aus den Analysen der Theorien zur Lösung der “battle of the forms” in § 7 ging hervor, dass die Kollision der AGB der Geltung des Vertrages grundsätzlich nicht im Wege steht. Im folgenden wird zur These der Vertragsgeltung trotz AGB-Kollision aufgrund der Normen des OR Stellung genommen und detailliert auf Einzelheiten eingetreten. Als Grundlage dazu dienen die allgemeinen Ausführungen zur modifizierten Auftragsbestätigung in § 6 und die Erkenntnisse, die sich bei der Betrachtung der Theorien zur “battle of the forms” in § 7 ergeben haben.

I. Sachverhalt des Basisfalles 2

- 161 Den nachfolgenden rechtlichen Abklärungen wird derselbe Standardsachverhalt zugrunde gelegt, der schon bei den Erläuterungen zu den einzelnen Theorien zur Lösung der “battle of the forms” Verwendung gefunden hat (vgl. N 95 ff.)²⁵⁹. Die Fallkonstellation des beidseitigen Verweises auf AGB in Offerte und Akzept wird zumeist zur “battle of the forms” führen, da die AGB der Vertragsparteien auf ihre gegensätzlichen Interessen als Besteller und Lieferant zugeschnitten sind. Zur Zeit des Vertragsschlusses bemühen sich die Parteien i.d.R. nicht um eine Beilegung der AGB-Kollision. Ihr Interesse zielt einzig auf den schnellstmöglichen Abschluss des Geschäftes ab. Dieser ist bereits mit der Einigung über Leistung und Gegenleistung erfolgt. Die Parteien rechnen zunächst mit der reibungslosen Abwicklung des Vertrages. Erst wenn im Rahmen dieser Störungen auftreten, versuchen sie ihren Bedingungen zum Durchbruch zu verhelfen, sofern sich diese auf den Rechtsstreit beziehen²⁶⁰. Die Interessenlage, wie sie bei Vertragsschluss bestanden hat, hat sich nunmehr geändert (vgl. N 108). Auf die weniger häufigen Fälle des einseitigen Verweises auf AGB anlässlich des Vertragsschlusses wird in § 12 eingetreten²⁶¹.

259 Das einzige Bsp. aus der schweizerischen Gerichtspraxis hierzu, soweit ersichtlich, findet sich in HGer SG GVP 1977 31. In der BRD hingegen sind Gerichtsentscheide über AGB-Kollisionsprobleme relativ häufig. Dazu einige Leitentscheide: BGH BGHZ 18 1955 212 ff. Th.d.l.W.; BGH BGHZ 61 1973 282 ff. teilweise noch der Th.d.l.W. verhaftet; OLG Köln DB 1980 924 Vertragsgeltung trotz AGB-Kollision.

260 Diese Situation ist anzutreffen z.B. in HGer SG GVP 1977 31 und OLG Köln DB 1980 925.

261 Das einzige Bsp. hierzu aus der deutschen Gerichtspraxis, soweit ersichtlich, findet sich in BGH WM 1977 1353. Dabei handelt es sich um geschäftserfahrene und rechtskundige Vertragspartner. Ein Verweis auf AGB findet sich jedoch einzig in der modifizierten Auftragsbestätigung. In den meisten Fällen aber versuchen beide Vertragsparteien,

II. Theorien als Ausgangspunkt

- 162 Im Gegensatz zum deutschen BGB enthält das schweizerische OR keine positive Norm i.S. von BGB 150 II, die ausdrücklich zum Problem der von der Offerte abweichenden Annahmeerklärung Stellung nimmt. Dennoch wird von der h.L. in der Schweiz im allgemeinen vom Grundsatz in BGB 150 II ausgegangen²⁶². Dieser der Th.d.I.W. zugrundeliegende Grundsatz jedoch gilt nicht kategorisch; es ist zu differenzieren (vgl. N 116). Bei der Frage nach dem Konsens sind die Willenserklärungen der Parteien zur Ermittlung ihres objektiven Sinnes nach dem Vertrauensprinzip auszulegen²⁶³. Dabei entspricht die Regel von BGB 150 II a.E. nur einer von mehreren theoretisch möglichen Auslegungen der modifizierten Auftragsbestätigung²⁶⁴. Die Auslegung der Annahme, die von der Offerte (Erst-offerte) abweicht, muss keinesfalls immer die Ablehnung dieser, verbunden mit einer Zweitofferte, ergeben. In den meisten Fallsituationen darf der Offerent aufgrund der äusserlich erkennbaren Umstände die modifizierte Auftragsbestätigung als Annahme seiner Offerte interpretieren²⁶⁵. Äusserlich erkennbare Umstände sind etwa die geringfügige Abweichung von der Offerte, die unterlassene Klarstellung der AGB-Geltungsfrage oder die Tatsache, dass der Akzeptant trotz der Abweichung seine Vertragsleistung anbietet. Diese Umstände sind mitunter alles Gründe, die gegen die Anwendbarkeit der Th.d.I.W. und des Grundsatzes von BGB 150 II sprechen (vgl. N 108 ff.).
- 163 Im schweizerischen OR ist eine Norm enthalten, die u.a. auf Sachverhalte zugeschnitten ist, in denen es zwar im Grundsatz zu einer Einigung gekommen ist, aber bezüglich marginaler Punkte am Konsens fehlt. Es ist dies der Art. OR 2 I, der die Vermutung statuiert, dass der Partialdissens in unwesentlichen Punkten der Vertragsschluss nicht hindert. Diese gesetzliche Vermutung entspricht wohl dem Willen der Parteien in den meisten Fällen der AGB-Kollision bei Vertragsschluss (vgl. N 116). Führt jedoch die Interpretation der Erklärungshandlungen im konkreten Fall zu einem gegenteiligen Ergebnis, so kann die gesetzliche Vermutung entkräftet werden. Die Vermutung von OR 2 I stellt demnach eine erste
- ihre Interessen mittels AGB durchzusetzen. Einzig bei Verträgen, in denen ein Nicht-kaufmann als Käufer auftritt, wird i.d.R. nur im Akzept auf AGB verwiesen. Der einseitige Verweis auf AGB nach Vertragsschluss mittels kaufmännischen Bestätigungsschreibens ist allerdings häufig anzutreffen (vgl. § 8 I. Basisfall 1, Verweis auf AGB durch kaufmännisches Bestätigungsschreiben).
- 262 KRAMER OR 1 N 158, OR 2 N 18; S/J OR 2 N 59, OR 3 N 48; SCHMIDLIN OR 3 N 49; OR 6 N 120; G/M/K 97 f.; v.T/P 188 IV; BUCHER 108 b).
- 263 Zum Vertrauensprinzip vgl. S/J OR 1 N 195 ff.; KRAMER OR 1 N 37 ff.; G/S/J N 192 ff.
- 264 Vgl. N 116. Die Regel von BGB 150 II kommt nicht zur Anwendung, wenn die vertrauentheoretische Interpretation der Erklärungshandlungen der Parteien zu einem anderen Resultat führt.
Vgl. die Rechtsprechung des BGH bei DE LOUSANOFF NJW 1982 1729 r.Sp.: "Auch die Anwendung des § 150 II BGB stehe unter dem Grundsatz von Treu und Glauben."
- 265 Das Vertrauensprinzip setzt den gleichen Massstab für beide Parteien und wirkt sich demnach weder zugunsten der einen noch der anderen Partei aus. Vgl. S/J OR 1 N 197; KRAMER OR 1 N 42; G/S/J N 197.

abstrakte Interpretation dar. Entscheidend aber, ob trotz der modifizierten Auftragsbestätigung ein Vertrag zustande gekommen ist, ist das konkrete Ergebnis der vertrauensrechtlichen Auslegung der Erklärungshandlungen der Parteien im Einzelfall.

- 164 Auch wenn im OR keine Norm i.S. von OR 2 I enthalten wäre, so wäre die Lösung des Problems der “battle of the forms” dennoch in der These der Vertragsgeltung trotz AGB-Kollision zu finden, wenn auch die rechtlichen Begründungen im einzelnen abweichen würden²⁶⁶. Dies ergibt sich aus der allgemeinen Anwendung des Vertrauensprinzips, das bei der Beurteilung des Konsenses zur Interpretation der Erklärungshandlungen beigezogen wird²⁶⁷. Die Statuierung von OR 2 I basiert m.E. auf vertrauensrechtlichen Überlegungen abstrakter Natur, indem die darin enthaltene Vermutung in der Mehrzahl der Fälle dem tatsächlichen Willen der Parteien entspricht²⁶⁸. Die Regel von OR 2 I basiert somit auf einer Standardannahme, auf einem Durchschnittswert. Entspricht jedoch der konkrete Fall nicht diesem Durchschnittswert, so kann diese Standardauslegung durch einen entsprechenden Nachweis dispensiert werden. Die Möglichkeit dieses Nachweises trägt dann der Interpretation der Willenserklärungen nach dem Vertrauensprinzip in concreto Rechnung²⁶⁹.

III. Rechtliche Qualifikation der einzelnen Vertragsэлеmente

1. Akzept

- 165 Die modifizierte Auftragsbestätigung mit Verweis auf AGB setzt sich aus zwei Elementen zusammen, welchen je nach Ausgestaltung unterschiedliches Gewicht zukommt. Das eine Element stellt die Annahme, das andere Element stellt die Ergänzung oder Änderung der Erstofferte dar. Das letztgenannte Element ist demnach als eine partielle Zweitofferte zu verstehen, der deshalb insoweit auch eine partielle Ablehnung der Erstofferte innewohnt, wie die Gegenstände der

266 KELLER/SCHÖBI 47: “Nach den allgemeinen Grundsätzen wäre diese Frage mittels Auslegung der Willenserklärungen der Parteien zu beantworten.”

Das Gesetz stellt m.E. in OR 2 I eine Vermutung auf, die in einem ersten Schritt der Auslegung der Willenserklärungen der Parteien vorgeht, in einem zweiten Schritt aber mit dem Nachweis anders zu verstehender Parteiwillen entkräftet werden kann.

KRAMER OR 1 N 160: “Für die deutsche Rechtslage macht die Begründung wegen § 150 II BGB Schwierigkeiten; in der Schweiz ist sie ohne weiteres aus Art. 2 I abzuleiten.”

267 Vgl. S/J OR 1 N 337.

268 In den meisten Fallsituationen wird die konkrete Interpretation der Willenserklärungen der Parteien ergeben, dass der Vertragsschluss trotz der Differenz in Nebenpunkten bejaht wird.

269 Die Analyse von OR 2 I ist bedeutsam im Hinblick auf die abweichenden Lehrmeinungen in diesem Bereich, vgl. N 169 ff.

Zweitofferte bereits eine Regelung in der Erstofferte erfahren haben²⁷⁰. Bei der Frage, ob der Vertrag aufgrund der Erstofferte und modifizierter Auftragsbestätigung zustande gekommen ist, ist nun die Qualifizierung der Punkte entscheidend, auf welche sich die Abweichung zur Erstofferte bezieht. Beziehen sich die Modifikationen einzig auf unwesentliche Punkte, so bewirken sie nicht, dass die modifizierte Auftragsbestätigung insgesamt als Ablehnung der Erstofferte, verbunden mit einer Zweitofferte, zu verstehen ist. Die gesetzliche Vermutung von OR 2 I unterstellt in solchen Fällen beiden Parteien den Willen zur Vertragsgeltung im Rahmen der Übereinstimmung²⁷¹. Die Annahme eines Antrags mit der Abweichung in einem nur unwesentlichen Punkt steht dem Zustandekommen des Vertrages nicht entgegen²⁷². Diesfalls ist die modifizierte Auftragsbestätigung als Teilakzept, verbunden mit einer neuen Teilofferte, zu verstehen. Sofern die "battle of the forms" einzig unwesentliche Punkte des Vertrages betrifft, führt sie nicht zu Totaldissens. Für die Anwendung von OR 2 I und mithin für die Beantwortung der Frage, ob der Vertrag zustande gekommen ist, kommt es entscheidend auf die Definition der Wesentlichkeit an (vgl. dazu N 169 ff.).

2. Konsens

- 166 Hier gilt es zwei Phasen auseinanderzuhalten. In der ersten Phase geht es darum, zu entscheiden, ob der Vertrag aufgrund der in der modifizierten Auftragsbestätigung enthaltenen Teilannahme zustande gekommen ist. Dabei ist bestimmend, welcher Art die Punkte der Abweichung sind. In einer zweiten Phase ist über die Vertragslücke im Rahmen des Partialdissenses aufgrund der abweichenden Teilzweitofferte zu entscheiden. Hierbei gibt es wenigstens theoretisch drei Möglichkeiten. Grundsätzlich wird die durch die AGB-Kollision entstandene Regelungslücke durch Vertragsergänzung geschlossen (dazu § 9 VII.). Daneben ist aber auch unter besonderen Umständen eine stillschweigende Annahme der gegnerischen Bedingungen (dazu § 9 VIII.)²⁷³ oder die Unterwerfung unter dieselben denkbar (dazu N 300 ff.).

270 Vgl. KRAMER OR 1 N 158, OR 2 N 18, SJZ 1985 18 f.; angedeutet bei v.T/P 188 bei FN 51; KRAMER BGB 150 N 4.

271 Zum gleichen Resultat wie die Vermutung von OR 2 I wird in den meisten Fällen auch die Auslegung der Willenserklärungen der Parteien gelangen (vgl. N 164).

272 Vgl. S/J OR 2 N 59, OR 3 N 48; KRAMER OR 1 N 144, 158; BUCHER 137; v.T/P 188 bei FN 51.

273 Vgl. KRAMER OR 1 N 158 und SJZ 1985 18, der das Problem anschnidet, jedoch keinen Lösungsvorschlag anbietet.

IV. Auslegung und Anwendung von OR 2 I

Wegleitung

- 167 Unter diesem Titel werden die Grundsätze und Anwendungsbereiche der Auslegungsregel von OR 2 I erläutert. Dies drängt sich namentlich deshalb auf, weil die einzelnen Lehrmeinungen in diesem Bereich stark differieren. Gestützt darauf wird im folgenden für die Fälle der “battle of the forms” entschieden, in welchen Fallkonstellationen diese Regel zur Anwendung gelangt (dazu § 9 VI.). Es ist vorerst von der Prämisse auszugehen, wie dies auch teilweise in der Literatur geschieht²⁷⁴, wonach sich die AGB auf objektiv unwesentliche Punkte des Vertrages beziehen. Nachfolgend (§ 9 V.) wird auf eine andere mögliche rechtliche Grundlage als OR 2 I zur Lösung der “battle of the forms” hingewiesen, und anschliessend (§ 9 VI.) werden die einzelnen Lösungsvarianten auf die unterschiedlichen Konstellationen des Basisfalles 2 angewendet. Die nachfolgenden Betrachtungen sind i.S. einer Grundlagenerarbeitung allgemein gehalten, weshalb nicht direkt AGB als Gegenstand des Dissenses angesprochen werden. Eine von zahlreichen Ursachen des Partialdissenses in Nebenpunkten kann in der Kollision Allgemeiner Geschäftsbedingungen liegen. Wenn im folgenden Nebenpunkte angesprochen werden, so sind damit auch stillschweigend AGB gemeint.

1. Vermutung von OR 2 I

- 168 Die Regel für den Partialdissens von OR 2 I greift Platz, wenn trotz der Einigung in allen wesentlichen Vertragspunkten unter den Parteien streitig ist, ob der Vertrag zustande gekommen ist oder nicht²⁷⁵. Anstelle der sofortigen Auslegung der Willenserklärungen der Parteien vermutet das Gesetz, unabhängig von diesen, dass der Vertrag zustande gekommen ist, wenn sich die Einigung wenigstens auf die wesentlichen Vertragsteile bezieht²⁷⁶. OR 2 I ist m.E. eine Auslegungsregel, die als Konsensvermutung zu bezeichnen ist. Indem die Auslegungsregel, die Vermutung der Einigung, widerlegt werden kann, kann dem erkennbaren wirklichen Willen einer Partei, den Vertrag nur bei Einigung in allen Punkten anzuerkennen, nachträglich Geltung verschafft werden.

274 So zu verstehen KRAMER OR 1 N 158–160 und SJZ 1985 18, der zur Lösung der AGB-Kollision auf OR 2 I weist. Wohl gleich zu verstehen S/J OR 2 N 59 f., OR 3 N 48.

275 Vgl. G/S/J N 732a.

276 Siehe auch S/J OR 2 N 24; KRAMER OR 2 N 3; KELLER/SCHÖBI 47 aaa; BECKER OR 2 N 1.

1.1. Definition der Wesentlichkeit

- 169 Voraussetzung, damit die Vermutung von OR 2 I zum Zuge kommt, ist die Einigung über alle wesentlichen Vertragspunkte. Diese gilt es nun zu definieren und abzugrenzen. Zu den wesentlichen Punkten gehören – dies nach der überwiegenden Lehrmeinung – die objektiv wesentlichen Punkte, die *essentialia negotii*, die den Geschäftskern umfassen²⁷⁷. Umstritten ist allerdings, ob den wesentlichen Punkten i.S. der Vermutung von OR 2 I auch subjektiv wesentliche Punkte zuzurechnen sind. Neuere Lehrmeinungen lehnen dies ab, während nach der traditionellen Lehrmeinung den wesentlichen Punkten i.S. von OR 2 I auch die subjektiv wesentlichen zuzurechnen sind²⁷⁸. Dabei handelt es sich um an sich objektiv unwesentliche Punkte, *accidentalialia negotii*, die aber nach der Intention auch nur einer Partei zur *conditio sine qua non* für den Vertragsschluss erhoben werden²⁷⁹. Dies muss dem Vertragspartner erkennbar sein. Im Hinblick auf die Funktion der Vermutung von OR 2 I erscheint es folgerichtig, nur die *essentialia negotii* als wesentlich i.S. dieses Artikels zu interpretieren. Subsumiert man unter die Wesentlichkeit von OR 2 I auch objektiv unwesentliche Punkte, denen aber nach dem Willen mindestens einer Partei subjektive Wesentlichkeit zukommt, so kann sich der Vorbehalt nur noch auf subjektiv unwesentliche Punkte beziehen. Subjektiv unwesentliche Punkte hindern aber die Verbindlichkeit eines Vertrages keinesfalls. Einer Vermutung i.S. von OR 2 I bedürfte es hierzu gar nicht²⁸⁰. (Zur Terminologie: Werden im folgenden wesentliche Vertragspunkte angesprochen, so sind damit stets nur die objektiv wesentlichen gemeint.)

1.2. Beweisrechtliche Konsequenzen

- 170 Die Vermutung von OR 2 I äussert in erster Linie beweisrechtliche Konsequenzen für beide Parteien. Der den Vertragsschluss bejahende Kontrahent hat lediglich die Einigung bezüglich der objektiv wesentlichen Vertragspunkte zu beweisen. Es ist nun am Gegenkontrahenten, der den fehlenden Verpflichtungswillen

277 S/J OR 1 N 84, OR 2 N 3; KRAMER OR 2 N 7; G/S/J N 308, 732; BUCHER 100; v.T/P 155; G/M/K 93; VON BÜREN 132. Anders PIOTET 30 ff., 145 ff.

Zur Frage, ob sich die *essentialia* mit den typenwesentlichen Punkten, dem Inhalt der Legaldefinition, decken, ist hier nicht Stellung zu nehmen. Vgl. Näheres bei G/S/J N 308a; G/S SJZ 1982 232; BUCHER 100; G/M/K 93.

278 Vertreter der traditionellen Lehrmeinung: v.T/P 190; G/M/K 93 f.; BECKER OR 2 N 4; BGer in BGE 71 II 270, 93 II 309, 103 II 190 = Pra 66 1977 529 ff.

Vertreter der neueren Lehrmeinung: S/J OR 2 N 39; KRAMER OR 2 N 10 f.; BUCHER 101 3; G/S/J 732b; KELLER/SCHÖBI 47 f.; VON BÜREN 132.

279 Vgl. S/J OR 2 N 33; KRAMER OR 2 N 8 ff.; G/S/J N 732a; KELLER 46 aaa; BUCHER 101.

280 So S/J OR 2 N 37–39; KRAMER OR 2 N 10; G/S/J 732a und b.

behauptet, den Gegenbeweis zu führen, um die Vermutung zu entkräften²⁸¹. Dieser Gegenbeweis ist ein doppelter: Zum ersten ist darzutun, dass der besprochene Nebenpunkt von beiden oder zumindest von einer Partei zur Voraussetzung des Vertragsabschlusses erhoben worden ist. Zum zweiten ist nachzuweisen – das gebietet das Vertrauensprinzip –, dass dessen subjektive Wesentlichkeit der anderen Partei erkennbar gewesen ist.

2. Technik der Rechtsprechung des Bundesgerichts²⁸²

- 171 Das BGer steht auf dem Standpunkt der traditionellen Lehrmeinung, wonach von Wesentlichkeit i.S. von OR 2 I auch objektiv unwesentliche, aber subjektiv wesentliche Punkte erfasst werden. Diese Interpretation bewirkt, dass die Vermutung von OR 2 I gegenstandslos wird. Das BGer behilft sich jedoch mit einer anderen Konstruktion, die durchaus zu gleichen Resultaten führen kann wie die Verwendung der Vermutung von OR 2 I: “Bestehen Zweifel über den Abschlusswillen, so liegt es, wie die Erfahrung zeigt (...), für den Richter näher, aus der Gesamtheit der Umstände unmittelbar auf den Abschlusswillen zu schliessen, als sich zunächst auf Grund von Typenmerkmalen mit einer Vermutung zu behelfen”²⁸³. Diese Auslegung unterliegt wiederum dem entsprechenden Gegenbeweis.
- 172 Während in Anwendung der Auslegungsregel von OR 2 I in abstrakter Weise vorerst das Zustandekommen des Vertrages vermutet wird, so geht das BGer mittels Auslegung der Erklärungshandlungen im konkreten Fall vor. Die Methode des BGer gelangt in einem Schritt durch Auslegung der vorliegenden Willenserklärungen zum Entscheid, ob der Vertrag zustande gekommen ist. Aufgrund des Vorgehens nach OR 2 I wird in einem ersten Schritt, sofern Konsens bezüglich der objektiv wesentlichen Vertragspunkte festgestellt werden kann, vom Zustandekommen des Vertrages ausgegangen. Erst in einem zweiten Schritt wird der konkreten Situation Rechnung getragen, indem der Gegenbeweis gegen die Vermutung erbracht werden kann.
- 173 Das Vorgehen des BGer bestätigt die Behauptung (vgl. N 164), dass die positivrechtliche Norm von OR 2 I nicht von essentieller Bedeutung ist. Die Auslegung der Erklärungsverhalten der Parteien unter Einbezug der konkret

281 Vgl. S/J OR 2 N 39; KRAMER OR 2 N 11 ff.; BUCHER 101 bei FN 28; VON BÜREN 132; G/M/K 93.

282 Aus S/J OR 2 N 40 und KRAMER OR 2 N 13; vgl. auch Pra 66 1977 529 ff.

283 S/J OR 2 N 40; Bsp. aus der Rechtsprechung des BGer in S/J OR 2 N 33 ff.
Ein ähnliches Vorgehen aufgrund von OR 2 I besteht bei gesetzlich nicht geregelten Verträgen, da diese keine Typenmerkmale aufweisen, vgl. S/J OR 2 N 39; KRAMER OR 2 N 13: Der Vertragsschluss ist zu vermuten, wenn der Umfang der Einigung Punkte betrifft, die objektiv betrachtet ein sinnvolles Ganzes ergeben.

vorliegenden Umstände wird in den meisten Fällen zum gleichen Resultat führen. Dieser Feststellung kommt im Zusammenhang mit der Behandlung von AGB-Kollisionen insofern Bedeutung zu, als dass es für deren Lösungen schliesslich nicht darauf ankommt, welcher Lehrmeinung man sich anschliesst. Es ist letztlich nur eine Frage der rechtlichen Konstruktion. Werden nur objektiv wesentliche Punkte unter OR 2 I subsumiert, so steht – unter Vorbehalt aller weiteren Voraussetzungen – der Weg über OR I offen. Werden unter dem Begriff der Wesentlichkeit zusätzlich auch subjektiv wesentliche Punkte verstanden, so ist der vom BGer vorgezeigte Weg einzuschlagen. Die Definition der Wesentlichkeit i.d.S., als dass nur objektiv wesentliche Punkte davon erfasst werden, erscheint zutreffend, zumal nur dann der Auslegungsregel von OR 2 I für Fälle des Partialdissenses Funktion zukommt (vgl. N 169).

- 174 In der neueren deutschen Lehre, die sich zur These der Vertragsgeltung trotz AGB-Kollision bekennt, wird aufgrund der vertrauenstheoretischen Interpretation der Gesamtheit der Umstände auf das Zustandekommen des Vertrages geschlossen (vgl. N 121 f.). Dieses Vorgehen entspricht in etwa demjenigen des Bundesgerichts, wonach aufgrund der konkret vorliegenden Umstände gegebenenfalls auf den Abschlusswillen der Parteien geschlossen wird.

3. Bedeutung des Vorbehalts in OR 2 I

- 175 OR 2 I bezieht sich seinem Wortlaut nach nur auf einen besonderen Fall des offenen Partialdissenses, in welchem bezüglich der unwesentlichen Nebenpunkte, die vom Konsens nicht erfasst sind, die nachträgliche Einigung vorbehalten wird. Gemäss Lehre und Rechtsprechung findet diese Auslegungsregel auf alle Fälle des offenen und im weiteren auch des versteckten Partialdissenses analog Anwendung²⁸⁴. Die innere Begründung erfährt diese Analogie m.E. darin, dass mit OR 2 I eine Vermutung geschaffen worden ist, die in den meisten Fallsituationen auch dem tatsächlichen Willen der Parteien entsprechen soll (vgl. N 164). M.a.W., auch wenn kein Vorbehalt der nachträglichen Einigung in den Vertrag aufgenommen worden ist, werden die Parteien den Vertrag in den meisten Fällen trotz der Differenzen in Nebenpunkten dennoch (oder erst recht, vgl. Pra 66 1977 531) als zustande gekommen erachten. Entspricht die Vermutung in einzelnen Fällen nicht den Parteiwillen, so kann sie immer noch durch den entsprechenden Gegenbeweis entkräftet werden. OR 2 I ist demnach als allgemeine Regel für Sachverhalte des Partialdissenses zu bezeichnen.

284 BGE 103 II 194 f. = Pra 66 1977 530 f.; S/J OR 2 N 60; KRAMER OR 1 N 157, OR 2 N 15; BECKER OR 2 N 2 a.E.; v.T/P 190 bei FN 71.

Es werden als Gründe u.a. der dem Gesetz immanente Grundsatz des "favor contractus", der sich auch in OR 20 II manifestiert, erwähnt.

4. Konstellation des Partialdissenses

- 176 Die Nichteinigung über Nebenpunkte des Vertrages kann den Parteien im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses entweder bewusst oder auch unbewusst sein²⁸⁵. Die letztere Situation entspricht dem versteckten Partialdissens. Dieser kann in Form des einseitigen oder des beidseitigen Partialdissenses auftreten²⁸⁶, je nachdem, ob eine Partei bereits bei Vertragsschluss um die Divergenz in den betreffenden Nebenpunkten wusste.
- 177 Folgt man den neueren Lehrmeinungen (vgl. N 169), so ergeben sich folgende Überlegungen: In Fallsituationen des offenen wie auch des versteckten Partialdissenses kommt die Auslegungsregel von OR 2 I in dem Moment zur Anwendung, in welchem eine Partei das Zustandekommen des Vertrages mangels Einigung in gewissen Vertragspunkten bestreitet²⁸⁷. Dabei ist zuerst einmal abzuklären, welcher Art diese Punkte sind. Wird in der Folge von der vertragsverneinenden Partei dargetan, dass bezüglich objektiv wesentlicher Vertragspunkte Einigung besteht, so kommt die Auslegungsregel von OR 2 I zur Anwendung²⁸⁸. Bei Partialdissens in unwesentlichen Vertragspunkten kann keine Partei mit Berufung darauf den Vertrag in Frage stellen²⁸⁹. Es ist nun m.a.W. an der vertragsverneinenden Partei, zu beweisen, dass der Partialdissens sich zwar auf objektiv unwesentliche Punkte bezieht, denen aber nach ihrem erkennbaren Willen subjektive Wesentlichkeit zukommt²⁹⁰. Gelingt ihr dies nicht, so ist der Vertrag aufgrund von OR 2 I trotz Partialdissenses zustande gekommen.
- 178 Bei der Vorgehensweise des BGer (vgl. N 171 ff.), die auf der traditionellen Lehrmeinung beruht, bedarf es dieser Konstruktion nicht. Die Interpretation der Gesamtheit der Umstände gibt Aufschluss darüber, ob ein Vertrag zustande gekommen ist.
- 179 Die Auslegungsregel von OR 2 I kommt in dem Moment zur Anwendung, in welchem eine Partei das Zustandekommen des Vertrages bestreitet. Die Verbindlichkeit des Vertrages wird abgelehnt, indem diese geltend macht, dass in einem für sie wesentlichen Punkt keine Einigung zustande gekommen sei. Es gilt nun abzuklären, bis zu welchem Zeitpunkt sich eine Partei auf diesen Einigungsmangel erfolgreich berufen kann und wie das weitere Verhalten der Parteien zu
- 285 Vgl. BUCHER 126; KRAMER OR 1 N 144 bez. des versteckten Partialdissenses bei der modifizierten Auftragsbestätigung.
Vgl. KRAMER OR 1 N 138 zur Abgrenzung zwischen verstecktem und offenem Dissens: Entscheidend ist die tatsächliche und nicht die objektive Erkennbarkeit.
- 286 Vgl. S/J OR 1 N 369, 371; BUCHER 125, v.a. FN 82, 86; Näheres bei N 229 ff. und 237 ff.
Dem einseitig versteckten Dissens ist der einseitig entdeckte Dissens gleichzusetzen.
- 287 Vgl. G/S/J N 732a. Dies ist die Situation des Konsensstreites, wenn sich eine Partei auf Dissens beruft.
- 288 Vgl. KRAMER OR 2 N 11; BECKER OR 2 N 9; G/S/J N 732a; BUCHER 101.
Die Einigung über die wesentlichen Punkte kann in Form eines natürlichen oder normativen Konsenses erfolgt sein, vgl. KRAMER OR 2 N 5.
- 289 Vgl. S/J OR 1 N 392b, 399.
- 290 Vgl. S/J OR 2 N 39; KRAMER OR 1 N 156, OR 2 N 11; BUCHER 101.

werten ist. Dabei ist zwischen den Situationen des offenen und des versteckten Partialdissenses zu differenzieren.

- 180 In Fallsituationen des offenen Partialdissenses sind sich die Parteien bei Vertragsschluss durchaus bewusst, dass bezüglich gewisser Punkte keine Einigung erzielt worden ist. Den nachfolgenden Verhaltensweisen der Parteien kommt nun unterschiedliche Bedeutung zu: Bestreitet eine Partei das Zustandekommen des Vertrages, so kommt – wie schon besprochen – OR 2 I zur Anwendung. Die Verneinung der Vertragsgeltung hat m.E. vor dem Leistungsaustausch zu erfolgen. Indem der Vertrag nicht bestritten, sondern erfüllt wird, bekunden beide Parteien durch ihre Leistungserbringung eigentlich Konsens, so dass es einer Konsensvermutung (OR 2 I) gar nicht mehr bedarf²⁹¹. Der Leistungsaustausch erscheint als konkludente Zustimmung zum Vertrag wenigstens insoweit, wie Einigung in den einzelnen Vertragspunkten besteht. Bezüglich der Widersprüche in Nebenpunkten besteht nach wie vor offener Partialdissens, da über diese vor Vertragsabwicklung keine Einigung erzielt worden ist. Die Vertragsabwicklung lässt darauf schliessen, dass die Parteien das Zustandekommen des Vertrages nicht an den Widersprüchen in Nebenpunkten scheitern lassen wollen. Deshalb verzichten sie auf deren Durchsetzung²⁹².
- 181 Bei Fallkonstellationen des versteckten Partialdissenses sind sich die Parteien ihrer mangelnden Willensübereinstimmung bei Vertragsschluss nicht bewusst. Sobald dieser Mangel von einer oder beiden Parteien entdeckt wird²⁹³ – vor oder nach Vertragsabwicklung –, kann es zum Streit über die Vertragsgeltung kommen. Die Konsensvermutung von OR 2 I kommt bei entsprechenden Voraussetzungen zur Anwendung. Tragen aber die Parteien den Streit um die Vertragsgeltung nicht aus, indem sie unbeschadet der gegenseitigen Leistungserbringung schreiten oder den bereits abgeschlossenen Vertrag nicht mehr in Frage stellen, haben sie den Partialdissens in Nebenpunkten fallengelassen. Damit bekunden sie Konsens in den Hauptpunkten des Vertrages. Dies erübrigt die Anwendung der Konsensvermutung von OR 2 I.

291 Die Anwendung von OR 2 I setzt den Streit über das Zustandekommen des Vertrages voraus, vgl. J/G OR 18 N 545.

Vgl. im weiteren S/J OR 2 N 30 f.; KRAMER OR 2 N 5; ZINDEL SJZ 1982 259 FN 20; KRAMER BGB 154 N 3.

292 S/J OR 2 N 31; KRAMER OR 2 N 16, widersprüchlich aber N 12.

293 Dabei kann der Dissens einseitig oder beidseitig entdeckt werden. Näheres bei N 237 ff.

V. Ausschluss des Konsensstreites

Wegleitung

182 In § 9 IV. sind die rechtlichen Konstruktionen analysiert worden, die die “battle of the forms” erfassen, falls diese in einen Streit um den Konsens münden. Dabei ist stillschweigend vorausgesetzt worden, dass die AGB objektiv unwesentliche Vertragspunkte betreffen. Die nachfolgenden Untersuchungen haben eine andere Konstellation zum Gegenstand, in welcher “battle of the forms” auftreten können. Bei der rechtlichen Erfassung der Konstellationen des Partialdissenses ist bereits darauf hingewiesen worden (N 180 f.), dass die Parteien trotz der “battle of the forms” am Vertrag festhalten und zur Vertragsabwicklung schreiten können. Solche Fallsituationen sind im folgenden zu analysieren.

1. Abgrenzung

183 Ausgehend von einer identischen Ausgangslage, können sich grundsätzlich zwei abweichende Fallkonstellationen ergeben, die zu einer unterschiedlichen rechtlichen Erfassung führen. Ausgangslage ist der Partialdissens in unwesentlichen Vertragspunkten, die Folge der “battle of the forms”. Wird dieser Partialdissens – sei es ein offener oder sei es ein zur Zeit des Vertragsschlusses versteckter – offensichtlich, so sind zwei verschiedene Reaktionen daraufhin möglich:

184 Die eine Reaktion besteht in der Berufung einer Partei auf Dissens bezüglich des ganzen Vertrages, da ihre AGB nicht zur Geltung gelangt sind. Dieser Fall fällt in den Anwendungsbereich der Konsensvermutung von OR 2 I. Die grundsätzliche Lösung lautet auf Vertragsgeltung, falls die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind. Die Lücke im Rahmen des Partialdissenses wird nach den (noch zu besprechenden) Regeln der Vertragsergänzung geschlossen (vgl. § 9 VIII.). Dies ist die Situation des Konsensstreites bei Berufung einer Partei auf Partialdissens.

185 Die andere Reaktion besteht darin, dass keine Partei den Vertragsschluss an sich – allein wegen des Partialdissenses in Nebenpunkten – in Frage stellt. Diesfalls kommt es gar nicht zum Konsensstreit und zur Anwendung der Auslegungsregel von OR 2 I. Der Ausschluss des Konsensstreites kann entweder ausdrücklich oder aber auch konkludent, wie z.B. durch Leistungsaustausch in Kenntnis des Partialdissenses, erfolgen²⁹⁴. Diese Fallsituationen bedürfen der näheren Abklärung, kommt es doch zumeist trotz der “battle of the forms” zur realen Vertragsabwicklung²⁹⁵.

294 Vgl. S/J OR 2 N 30 f.; KRAMER OR 2 N 16; ZINDEL SJZ 1982 360.

295 Vgl. die Entscheide zur “battle of the forms” in N 213. Einzig in zwei gerichtlich be-

2. Reiner Auslegungstreit

2.1. Umschreibung

- 186 Über die Teileinigung ist eine Klarstellung i.d.S. erfolgt, als dass die Parteien übereinstimmend vom Zustandekommen des Vertrages ausgehen²⁹⁶. Die Parteien entziehen das Zustandekommen des Vertrages dem Streit und beschränken diesen somit auf gewisse Punkte des Vertragsinhaltes. Die Parteien akzeptieren den Vertrag unabhängig davon, zu wessen Gunsten der nunmehr eingeschränkte Streit ausgehen wird. Die Kontrahenten wollen im Interesse des Geschäftsabschlusses den Vertrag nicht an der mangelnden Einigung über gewisse Vertragspunkte – welche eben in einer AGB-Kollision bestehen kann – scheitern lassen²⁹⁷. Diese Streitlage wird als Reiner Auslegungstreit bezeichnet. Sie fällt nicht unter den Anwendungsbereich von OR 1 und 2, die den Konsens regeln, sondern wird von OR 18 erfasst²⁹⁸. Obwohl nur eine Teileinigung erfolgt ist, ist der Vertrag verbindlich zustande gekommen. Die Vertragspunkte, die wegen Partialdissenses ungeregt geblieben sind, erfahren ihre Abklärung durch Vertragsergänzung²⁹⁹.

2.2. Konstruktionen

- 187 Ausgangspunkt des Reinen Auslegungstreites ist eine Situation des Partialdissenses, bei dessen Entdeckung jedoch keine Partei den Vertrag aus diesem Grund bestreitet. Es wird vielmehr unter Fallenlassen der divergierenden Teile

urteilten Fällen (OLG Hamm AGBGE 1983 Nr. 10; BGH BB 1974 1136) kommt es nicht zur Vertragsabwicklung.

Vgl. N 110 ff. die Vertragsdurchführung als Argument gegen die Th.d.l.W.

Zur deutschen Praxis vgl. statt vieler OLG Köln DB 1980 924 stellvertretend für die Lösung der AGB-Kollision nach der neueren deutschen Lehre aufgrund der These der Vertragsgeltung trotz AGB-Kollision.

- 296 Vgl. S/J OR 1 N 172, OR 2 N 30; KRAMER OR 2 N 5, 15; J/G OR 18 N 326; G/S/J N 924a; G/S SJZ 1982 230 I.Sp.: "Keine Partei beruft sich auf Dissens, ..." KRAMER BGB 154 N 3.

- 297 Vgl. J/G OR 18 N 327; G/S/J N 866; G/S SJZ 1982 231 I.Sp.; VON BÜREN 168 f. Zum Interesse am Zustandekommen des Geschäftes bei der AGB-Kollision vgl. RAI-SER 223; KRAMER BGB 150 N 9 a.E.; FLUME 676; SCHMIDT-SALZER (1) D. 68; SCHLECHTRIEM Fs. 68; EBERSTEIN 33; KEGEL JZ 1952 201; OLG Köln DB 1980 925; BGH NJW 1982 1751 I.Sp.; vgl. auch N 108, 110, 122, 139.

Die Interessenlage der Parteien, wie sie bei Vertragsabschluss bestanden hat, hat sich bei "battle of the forms"-Fallsituationen nicht unbedingt geändert. Nach wie vor wird dem Geschäftsabschluss Vorrang vor der Durchsetzung der eigenen AGB eingeräumt. Denkbar ist sodann auch, dass die Parteien zunächst versuchen, die eigenen AGB durchzusetzen. Sobald sich dies aber als aussichtslos erweist, verzichten sie im Interesse des Geschäftes darauf.

- 298 Vgl. statt vieler S/J OR 1 N 172.

- 299 Vgl. J/G OR 18 N 328; G/S/J N 924a; G/S SJZ 1982 231 I.Sp.; ZINDEL SJZ 1982 360.

am unvollständig geregelten Vertrag als solchem festgehalten. Diese Beschränkung des Streitgegenstands nur auf Teile des Vertrages führt zu einer Bindung des Richters an den Parteiwillen i.d.S., als jener nicht von sich aus den Vertrag negieren kann³⁰⁰. Voraussetzung für eine solche Beschränkung des Streitgegenstands ist jedoch, dass der Umfang der Teileinigung ein sinnvolles Ganzes bildet. Andernfalls würde gar keine Basis bestehen, wovon die Vertragsergänzung im Rahmen des Partialdissens ausgehen könnte³⁰¹. Das bedeutet m.a.W., die Teileinigung, der übereinstimmend festgestellte Konsens, hat sich auf alle objektiv wesentlichen Vertragspunkte, die *essentialia negotii*, zu beziehen³⁰². Wie in Fallsituationen des Konsensstreits bei Partialdissens sind deshalb vorab die von der Einigung erfassten Punkte auf ihre objektive Wesentlichkeit hin zu überprüfen. Während im Rahmen der Anwendung von OR 2 I Uneinigkeit darüber besteht, ob auch subjektiv wesentliche Vertragspunkte als wesentlich i.S. der genannten Vorschrift zu betrachten sind³⁰³, kommt hier der subjektiven Wesentlichkeit eine andere Bedeutung zu.

188 An dieser Stelle ist auf zwei unterschiedliche rechtliche Konstruktionen einzutreten, die das Zustandekommen des Vertrages in Situationen des Reinen Auslegungsstreits erklären und bestimmen. Entscheidend dabei ist die Bestimmung, inwieweit Vertragslücken noch einen Inhaltsstreit zulassen, ohne dass dieser zum Totaldissens führt. Es geht mitunter um die Wertung der sich im

300 Vgl. J/G OR 18 N 328; G/S/J N 924a; G/S SJZ 1982 231 r.Sp.; ZINDEL SJZ 1982 356 l.Sp. und 359 l.Sp.; KRAMER OR 2 N 6; BUCHER 155 FN 9.

301 Vgl. S/J OR 1 N 84, OR 2 N 3, 61, 64; J/G OR 18 N 540; KRAMER OR 1 N 153, 171, OR 18 N 248; G/S/J N 308 f., 925; G/S SJZ 1982 231 r.Sp.; KELLER/SCHÖBI 100 f.; KELLER SJZ 1982 127 r.Sp.; VON BÜREN 132; MERZ ZGB 2 N 132.

302 Darüber besteht in den sonst abweichenden Lehrmeinungen Einigkeit: S/J OR 1 N 84; KRAMER OR 1 N 153, 171, OR 2 N 6, OR 18 N 250; G/S/J N 925; G/S SJZ 1982 231 l.Sp.; ZINDEL SJZ 1982 356 r.Sp.; KELLER SJZ 1982 127.

So ist auch J/G OR 18 N 540 f. zu verstehen, wo mit wesentlichen Punkten, bez. derer eine Ergänzung möglich ist, nur typenwesentliche und subjektiv wesentliche Punkte angesprochen sind.

G/S SJZ 1982 231 r.Sp. und G/S/J N 308a, 926: Diese Autoren unterscheiden zwischen dem Geschäftskern (den objektiv wesentlichen Punkten) einerseits und den von der Legaldefinition umschriebenen typenwesentlichen Punkten andererseits und stellen dabei fest, dass hier nicht unbedingt Kongruenz besteht. Es gebe vielmehr typenwesentliche Punkte i.S. der Legaldefinition, die nicht zum Geschäftskern gehören, denen also keine objektive Wesentlichkeit zukommt. In diesem Bereich sei eine Vertragsergänzung möglich. Ebenso J/G OR 18 N 540 f.

A.M. KRAMER OR 1 N 154, OR 18 N 248; G/M/K 93 f.

Auf diesen Lehrstreit ist jedoch nicht einzutreten, stellen sich doch "battle of the forms"-Probleme vornehmlich beim Kaufvertrag, bei welchem in diesem Bereich Kongruenz besteht, vgl. v.T/P 155.

Zum Ganzen vgl. ZINDEL SJZ 1982 356 FN 5 mit weiteren Nachweisen.

303 Vgl. N 169 ff. Währenddem nach der neueren Lehrmeinung einzig objektiv wesentliche Vertragspunkte unter die Wesentlichkeit i.S. von OR 2 I subsumiert werden, so versteht die traditionelle Lehrmeinung darunter auch die objektiv unwesentlichen Punkte, denen nach dem erkennbaren Willen mindestens einer Partei subjektive Wesentlichkeit zukommt.

Streit befindlichen subjektiv wesentlichen, jedoch objektiv unwesentlichen Vertragspunkte.

- 189 Nach Gauch/Schluep³⁰⁴ hat der Richter das Zustandekommen des Vertrages nicht von Amtes wegen zu negieren, wenn die Parteien um Punkte des Vertrages streiten, die zur Zeit des Vertragsschlusses Gegenstand eines Partialdissenses in subjektiv wesentlichen Punkten dargestellt haben. Durch die Einschränkung des Streitgegenstandes auf bestimmte Punkte des Vertragsinhaltes nämlich bringen die Parteien zum Ausdruck, dass sie trotz des Partialdissenses den Vertrag aufrechterhalten wollen³⁰⁵. Dies können sie entweder ausdrücklich während der rechtlichen Auseinandersetzung oder stillschweigend, indem sie den Vertrag trotz bestehender Differenzen abwickeln, bekunden³⁰⁶. Das Interesse der Parteien am Vertragsabschluss überwiegt dasjenige der Durchsetzung subjektiv wesentlicher Nebenpunkte. Würde auch nur eine Partei auf der Durchsetzung dieser Punkte beharren, so könnte dies bei Entkräftung der Vermutung von OR 2 I zu Totaldissens führen. Namentlich wenn das Geschäft schon in der Abwicklungsphase steckt oder bereits getätigt worden ist, wollen es die Parteien gewöhnlich nicht rückgängig machen. Dieser Interessenlage entsprechen, wie die deutsche Gerichtspraxis und Lehre³⁰⁷ zeigen, zahlreiche "battle of the forms"-Fallkonstellationen, wollen doch die Parteien grundsätzlich die Geschäftsabwicklung und ordnen ihr die Durchsetzung der eigenen AGB unter. Das zeigt sich dann deutlich, wenn die Parteien in Kenntnis der Differenzen zwischen den AGB und ihrer ungeachtet zur Vertragsdurchführung geschritten sind³⁰⁸. Die dogmatische Begründung der Ergänzung in subjektiv wesentlichen Punkten besteht nach Gauch/Schluep demnach in der veränderten Interessenlage nach Vertragsschluss, verglichen mit derjenigen zur Zeit des Vertragsschlusses³⁰⁹.

- 190 Eine andere Konstruktion zur rechtlichen Erfassung des Reinen Auslegungstreites wird von Zindel³¹⁰ vorgeschlagen. Im Unterschied zu Gauch/Schluep hält dieser die Ergänzung in subjektiv wesentlichen Punkten nicht nur für nicht zulässig, sondern geradezu für gegenstandslos. Indem die Parteien nämlich über-

304 GAUCH/SCHLUEP, Zum "Reinen Auslegungstreit" – Eine Klarstellung, SJZ 1982 230 ff.; vgl. auch G/S/J N 924a.

305 Vgl. G/S SJZ 1982 231 r.Sp.

306 Vgl. S/J OR 2 N 30 f.; KRAMER OR 2 N 16.

307 Vgl. die Literaturhinweise in FN 297.

308 Zur Bedeutung der Vertragsdurchführung vgl. N 110 ff.

309 Vgl. G/S/J N 924a; VON BÜREN 169.

Wenn G/S/J N 924a anführen, dass bei Vertragsschluss eine andere Interessenlage bestand, so ist dies nur bedingt richtig. In "battle of the forms"-Fallsituationen jedenfalls besteht gerade bei Vertragsschluss das Interesse der Parteien nur darin, den Vertrag zum Abschluss zu bringen. Erst wenn die Anwendung der AGB zur Frage steht, kann sich das Interesse der Parteien auf die Durchsetzung ihrer AGB verlagern. Indem sie aber zur Vertragsdurchführung schreiten, geben sie zu erkennen, dass ihr eigentliches Interesse schliesslich dem Geschäft gilt. Vgl. auch FN 297.

310 ZINDEL, Reiner Auslegungstreit und Konsensfrage, SJZ 1982 356 ff.; gl.A. KRAMER OR 18 N 250. Dabei ist aber zu bemerken, dass ZINDEL sich im Gegensatz zu KRAMER, was die Interpretation der Wesentlichkeit i.S. von OR 2 I betrifft, der traditionellen Lehrmeinung anschliesst.

einstimmend vom Zustandekommen des Vertrages ausgehen, verzichten sie stillschweigend auf die subjektive Wesentlichkeit bestimmter Vertragspunkte. Verneint jedoch wird das Zustandekommen des Vertrags zur Zeit des vermeintlichen Vertragsabschlusses für diejenigen Fälle, in welchen der offene oder versteckte Partialdissens subjektiv wesentliche Vertragspunkte betrifft³¹¹.

191 M.E. kommt aber im Stadium des Partialdissenses die Auslegungsregel von OR 2 I (je nach Lehrmeinung, vgl. N 169 ff.) zur Anwendung, die unter Vorbehalt des Gegenbeweises das Zustandekommen des Vertrages vermutet. Diesem ersten Stadium des Dissenses folgt ein zweites nach, in welchem die Parteien den Bestand des Vertrages übereinstimmend dem Streit entziehen. Dies ist für Zindel ein Indiz dafür, dass die Parteien gegenseitig an der subjektiven Wesentlichkeit der Nebensätze nicht festhalten, sondern diese zu subjektiv unwesentlichen Punkten degradieren, die in der Folge dem Vertragsschluss nicht im Wege stehen. Nach dieser Meinung ist der Vertrag demnach erst nachträglich zustande gekommen³¹². Mit dem Verzicht auf die subjektive Wesentlichkeit ist nunmehr die richterliche Vertragsergänzung in diesen Punkten möglich³¹³.

192 Die Erklärung Zindels, wonach die Parteien die subjektive Wesentlichkeit in dem Moment fallengelassen haben, in welchem sie den Bestand des Vertrages ausser Streit gesetzt haben, ist überzeugend. Indem beide Parteien dem Zustandekommen des Vertrages Vorrang vor der Durchsetzung gewisser Nebensätze einräumen, sind diese nicht mehr erkennbarerweise subjektiv wesentlich. Dies entspricht der von Gauch/Jäggi erwähnten veränderten Interessenlage der Parteien, die sich von der Durchsetzung von Nebenabreden auf die Durchführung des Vertrages verschoben hat. Diese Umstände lassen die vormals subjektiv wesentlichen Nebensätze nunmehr als subjektiv unwesentlich erscheinen.

193 In Situationen des Reinen Auslegungsstreits ist m.E. zwischen zwei Phasen zu differenzieren. Die erste Phase ist diejenige des partiellen Dispenses in objektiv unwesentlichen Nebensätzen. Sind diese als subjektiv unwesentlich zu bezeichnen, so stehen sie dem Vertragsschluss nicht entgegen³¹⁴. Kommt ihnen allerdings nach dem Willen einer Partei subjektive Wesentlichkeit zu, so ist der Vertragsschluss aufgrund der Konsensvermutung von OR 2 I, aber unter Vorbehalt des Gegenbeweises zustande gekommen (gemäss der neueren Lehrmeinung,

311 ZINDEL SJZ 1982 358 f.

312 Vgl. ZINDEL SJZ 1982 358. Was äusserlich als Einschränkung des Streitgegenstandes erscheint, erklärt ZINDEL rechtlich mit der Abgabe und Annahme einer neuen Offerte. Inhalt dieser Offerte ist der Teil der bisherigen Vertragserklärungen, über die Einigkeit besteht.

Vgl. OFTINGER ZSR 1939 195: Einigen sich z.B. "die Parteien nachträglich über eine streitige Auslegung, so entsteht ein neuer Vertrag, sofern nicht nachweisbar die ursprünglichen Willensäusserungen mit dem ursprünglichen Sinn wiederholt werden".

313 ZINDEL SJZ 1982 358 f.; KRAMER OR 18 N 250.

Im Zeitpunkt, in dem beide Parteien übereinstimmend den Bestand des Vertrages voraussetzen, besteht immer noch ein Partialdissens – allerdings ein objektiv und nunmehr auch subjektiv unwesentlicher – im Rahmen der eingeschränkten Streitpunkte.

314 Vgl. S/J OR 2 N 37; KRAMER OR 2 N 10; G/S/J N 732b; vgl. auch N 169.

vgl. N 169)³¹⁵. Rechnet man aber der Wesentlichkeit i.S. von OR 1 I auch die subjektiv wesentlichen Punkte zu, so findet diesfalls OR 2 I keine Anwendung (gemäss der traditionellen Lehrmeinung und der Praxis des BGer, vgl. N 169 und 172). Bei dieser Interpretation der Wesentlichkeit kann bei Partialdissens gegebenenfalls "aus der Gesamtheit der Umstände unmittelbar auf den Abschlusswillen der Parteien geschlossen werden"³¹⁶.

- 194 Dieser ersten Phase kann je nach Parteiwillen eine zweite nachfolgen, in welcher die Parteien den Streitgegenstand beschränken und übereinstimmend Konsens in bezug auf das Zustandekommen des Vertrages bekunden. Dies macht die Anwendung der Konsensvermutung von OR 2 I obsolet. Dieser Schritt der Parteien lässt sich innerlich mit der veränderten Interessenlage erklären, wie dies Gauch/Schlupe zutreffend erläutern. Die Parteien räumen, nachdem sie den Partialdissens erkannt haben, der Geschäftsabwicklung den Vorrang vor der Durchsetzung ihrer AGB ein. Die Alternative wäre allenfalls der Totaldissens als Folge des erfolgreichen Gegenbeweises zur Entkräftung der Vermutung von OR 2 I. Der rechtlichen Erklärung dieses Schrittes, die nach Zindel in der Degradierung subjektiv wesentlicher zu subjektiv unwesentlichen Vertragspunkten besteht, ist grundsätzlich zu folgen (N 192).

3. Beurteilung einzelner Umstände

3.1. Art der Konsensbekundung

- 195 Der Partialdissens in der ersten Phase, zur Zeit des vermeintlichen Vertragsabschlusses, kann ein offener oder ein versteckter sein. Der Schritt zur zweiten Phase, zum Reinen Auslegungsstreit mittels Konsensbekundung, steht den Parteien im Moment der Kenntnisnahme des Partialdissenses frei. Bei offenem Dissens wissen die Parteien bereits unmittelbar bei Vertragsabschluss um die Divergenz in Nebenpunkten. In Fallsituationen des versteckten Dissenses gelangen die Parteien erst irgendwann nach Vertragsabschluss, entweder noch vor Vertragsabwicklung, bei Vertragsabwicklung oder erst nach Vertragsabwicklung, in Kenntnis der Divergenz. Den Schritt zur zweiten Phase können die Parteien grundsätzlich auf zwei Arten vollziehen. Einerseits können sie ausdrücklich das Zustandekommen des Vertrages vereinbaren und den Streitgegenstand in der Weise beschränken, als dass die Entscheidung über diesen den Vertrag nicht mehr in Frage stellt. Andererseits können sie in Kenntnis der Divergenz und ihrer

315 Anders ZINDEL SJZ 1982 358 I Sp., der den Vertrag im Zeitpunkt des vermeintlichen Vertragsabschlusses mangels Konsenses in subjektiv wesentlichen Punkten als noch nicht zustande gekommen erachtet. Diese Ansicht ZINDELs lässt sich darauf zurückführen, dass jener sich, was die Wesentlichkeit i.S. von OR 2 I betrifft, der traditionellen Lehrmeinung anschliesst (vgl. N 169).

316 KRAMER OR 2 N 13; vgl. dazu N 171 ff.

ungeachtet zum Leistungsaustausch schreiten oder, falls dieser bereits erfolgt ist, den Vertrag nicht in Frage stellen. Die Vertragsdurchführung kann als konkludente Zustimmung zum Vertrag als solchem gewertet werden, da der Leistungsaustausch trotz Kenntnis des Dissenses (in der AGB-Geltungsfrage) erfolgt ist.

196 Es stellt sich die Frage, welche Wertungen der Vertragsdurchführung an sich zukommen können³¹⁷. In Fallsituationen des offenen Partialdissenses wird die Interpretation der Vertragsdurchführung i.d.R. den Ausschluss des Konsensstreites ergeben³¹⁸. Nach dem Vertrauensprinzip ausgelegt, deuten die Willensbetätigungen der Parteien, das gegenseitige Erbringen der Leistung trotz der Divergenz in Nebenpunkten (der AGB-Kollision), in jedem Fall auf Konsensbekundung hin. Dabei darf weder die eine noch die andere Vertragspartei in guten Treuen davon ausgehen, dass der Gegner ihre Nebenpunkte unter Fallenlassen der eigenen angenommen hat, da die Vertragsdurchführung ohne Klarstellung in den divergierenden Nebenpunkten erfolgt ist. Dieses Unterlassen ist

317 Vgl. J/G OR 18 N 308, 360; KRAMER OR 18 N 28; MERZ ZGB 2 N 155; G/S/J N 881, Erfüllungshandlungen als Auslegungsmittel.

318 Vgl. S/J OR 2 N 30 f., die feststellen, dass die Konsensvermutung von OR 2 I nur dann zur Anwendung gelangt, wenn sich der Abschlusswille nicht mit gewöhnlichen Auslegungsmitteln feststellen lässt. Dies ist dann nicht der Fall, wenn der Abschlusswille aus den Umständen hervorgeht, indem z.B. die Vertragsleistungen widerspruchsfrei erbracht werden.

Vgl. KRAMER OR 2 N 12, dessen Kommentierung teilweise derjenigen von S/J OR 2 N 31 widerspricht. KRAMER stellt zwar ebenso wie SCHÖNENBERGER/JÄGGI fest, dass die Vertragsdurchführung (Verweise auf LINDACHER JZ 1977 604 und KRAMER BGB 154 N 7) vor der Einigung über Nebenpunkte ein starkes Indiz für den Abschlusswillen der Parteien ist, zieht daraus aber einen anderen Schluss. Nach KRAMER bleibt OR 2 I anwendbar, wobei der Gegenbeweis angesichts dieses Indizes scheitern wird.

OR 2 I gelangt nur dann zur Anwendung, wenn eine Partei die Gültigkeit des Vertrages bestreitet; nur dann bedarf es einer Konsensvermutung. Es sind aber durchaus Fälle denkbar, in denen trotz erfolgter Vertragsdurchführung OR 2 I zur Anwendung kommt: Die Parteien schreiten in Hoffnung der Durchsetzung der eigenen AGB (und ungeachtet des Widerspruchs) zur Vertragsdurchführung. Erst im Moment, in dem die Parteien erkennen, dass sie mit ihren AGB nicht durchdringen, beruft sich deren eine auf Dissens mit der Begründung, die Inkorporation ihrer Bedingungen sei für sie *conditio sine qua non* für den Vertrag. Die vertragsverneinende Partei hat nun die Vermutung von OR 2 I zu entkräften (beim Vorgehen nach der neueren Lehrmeinung, N 169). Dieser Gegenbeweis wird in aller Regel scheitern, da das Indiz der Vertragsdurchführung gegen die subjektive Wesentlichkeit der Inkorporation der eigenen AGB spricht. Dies hätte eine diesbezügliche Klärung seitens des Verwenders vorausgesetzt. Auch die Gesamtheit der Umstände, namentlich die Vertragsdurchführung, lässt auf den Abschlusswillen schliessen (bei Anwendung der Technik der Rechtsprechung des BGer, N 172). Das nachträgliche Bestreiten des Abschlusswillens seitens der vertragsverneinenden Partei steht einer solchen Auslegung nicht entgegen. Der Abschlusswille muss nur zur Zeit des Vertragsabschlusses bestehen. Auf das deutet die Vertragsabwicklung hin. Ferner stellt das Bestreiten des Vertrages ein *venire contra factum proprium* dar, wenn die betreffende Partei zuvor ohne Vorbehalt zur Vertragsabwicklung Hand geboten hat.

grundsätzlich beiden Parteien anzulasten, weshalb keine daraus einen Vorteil für sich ableiten kann³¹⁹.

197 Problematischer ist die Interpretation der Vertragsdurchführung in Fällen, wo zur Zeit des Vertragsabschlusses versteckter Partialdissens in Nebenpunkten bestanden hat. Hier sind unterschiedliche Wertungen des Indizes der Vertragsdurchführung möglich. Eine denkbare Interpretation führt zur Situation, wie sie dem Reinen Auslegungstreit zugrunde liegt. In einem späteren Rechtsstreit (z.B. wegen Unregelmässigkeiten bei der Vertragserfüllung) sind sich die Parteien, trotz des anfänglichen Partialdissenses in subjektiv wesentlichen Punkten, bezüglich der grundsätzlichen Geltung des Vertrages einig³²⁰. Sie entziehen das Zustandekommen des Vertrages als solchem dem Streit, da dieser bereits abgewickelt worden ist; aus geschäftlichen Interessen halten sie am Vertrag fest. Da beide Parteien somit übereinstimmend Konsens bekunden, bedarf es nicht der Auslegungsregel von OR 2 I, die auf Fälle des versteckten Dissenses analog Anwendung findet³²¹.

198 Eine andere denkbare Interpretation der Vertragsdurchführung und weiterer Umstände kann zum Schluss führen, dass die Parteien den Bestand des Vertrages nicht ausser Streit gesetzt haben. Kommt es diesfalls zum Rechtsstreit, sei es aufgrund von Leistungsstörungen oder weil eine Partei vom Vertrag loskommen will, ist zunächst die Frage der Vertragsgeltung zu entscheiden. Macht eine Partei geltend, dass die Durchsetzung der eigenen AGB für sie unabdingbare Voraussetzung für das Zustandekommen des Vertrages sei, so gelangt die Konsensvermutung von OR 2 I zur Anwendung. Der Vertragsabwicklung kommt hier die Bedeutung eines Indizes zu, indem sie dafür spricht, dass die Geltung der eigenen AGB für keine Partei eine *conditio sine qua non* für den Vertragsabschluss dar-

319 Zur Wertung des Indizes der Vertragsdurchführung bei unterlassener Klarstellung in bezug auf die Geltung der AGB vgl. N 110 ff.

Auch nach ZINDEL SJZ 1982 360 I.Sp. führt der Leistungsaustausch in Kenntnis des Dissenses nicht dazu, dass die vom Partialdissens erfassten Nebenpunkte einer Partei Vertragsinhalt werden.

In Fällen des offenen Partialdissenses bez. der Geltung der AGB deutet die Vertragsdurchführung darauf hin, dass die Parteien nicht an der Durchsetzung ihrer AGB als *conditio sine qua non* für den Vertragsabschluss festhalten. Vgl. dazu VON WESTPHALEN DB 1976 1318 bei FN 15. Nach OLG Karlsruhe BB 1972 1914 kommt der Vertragsdurchführung sogar beim Bestehen gegenseitiger Abwehrklauseln diese Bedeutung zu; ebenso OLG Köln DB 1980 925 I.Sp. SCHLECHTRIEM Fs. 76: Die Vertragsdurchführung bewirkt, dass die Auslegungsregel von BGB 154 I (für Sachverhalte des offenen Dissenses) nicht zur Anwendung kommt. LINDACHER JZ 1977 604 f. schliesst grundsätzlich die vertragliche Bindung bei offenem Dissens in der AGB-Geltungsfrage aus, ausser es ist zur Vertragsabwicklung gekommen. Vgl. im weiteren KRAMER BGB 150 N 9 a.E.; ULMER AGBG 2 N 98.

320 Vgl. zum versteckten Partialdissens, der in einen Reinen Auslegungstreit mündet, das Beispiel bei ZINDEL SJZ 1982 357 f. (Mietvertrag).

321 Vgl. die allgemeinen Literaturhinweise in OR 296 zur Abgrenzung des Reinen Auslegungstrets vom Konsensstreit (OR 2).

Zur analogen Anwendung von OR 2 I bei verstecktem Partialdissens vgl. N 175.

stellt³²². Die Konsensvermutung von OR 2 I wird deshalb kaum zu entkräften sein.

3.2. Vorrang des normativen Konsenses

- 199 Wie bereits dargelegt, besteht in einer ersten Phase bezüglich der Nebenpunkte entweder offener oder versteckter Dissens. Nachfolgend in einer zweiten Phase kann sich der Sachverhalt in zwei Richtungen entwickeln, indem es an den Parteien ist, den Dissens übereinstimmend auszuschliessen oder den Vertrag aufgrund des Partialdissenses zu verneinen.
- 200 Bevor aber vom Vorliegen eines Partialdissenses ausgegangen wird, hat die Fallsituation daraufhin überprüft zu werden, ob nicht etwa ein objektiver Vertragssinn festgestellt werden kann, auf den sich einer der Kontrahenten tatsächlich zu Recht verlassen hat³²³. Systematisch ist es richtig, diese Frage vorgängig abzuklären, denn bei Bejahung eines normativen Konsenses sind weitere Untersuchungen daraufhin, ob der Partialdissens in einen Totaldissens mündet oder ob es zu einem nachträglichen Konsens gekommen ist, hinfällig. Bei der Beantwortung der Frage nach dem normativen Konsens kommt der Art des Dissenses zentrale Bedeutung zu.
- 201 In Fällen des offenen Partialdissenses ist der Schluss auf normativen Konsens klarerweise nicht denkbar. Verzichten beide Parteien bewusst auf eine Regelung der Widersprüche in besagten Nebenpunkten, so besteht auf keiner Seite ein falsches Konsensbewusstsein, das in der Folge in Anwendung des Vertrauensprinzips zu schützen wäre³²⁴. Folgt auf die erste Phase des offenen Partialdissenses nicht eine zweite, in welcher durch Vertragsdurchführung Konsens bekundet wird, so kommt die Auslegungsregel von OR 2 I zum Tragen.
- 202 In Fällen des versteckten Partialdissenses stellt sich die nach dem Vertrauensprinzip zu beantwortende Frage, ob nicht normativer Konsens vorliegt³²⁵. Die Parteien sind sich zwar bezüglich bestimmter Nebenpunkte nicht tatsächlich einig geworden, aber das äusserlich erkennbare Verhalten des Vertragsgegners durfte von der anderen Partei in Würdigung aller Umstände im Sinne einer Zustimmung zu der von ihr vorgeschlagenen Regelung in Nebenpunkten aufgefasst werden³²⁶. Währenddem sich der normative Konsens nur auf die vom Partialdissens erfassten Nebenpunkte bezieht, besteht in den Hauptpunkten des

322 Siehe auch KRAMER OR 2 N 12; KRAMER BGB 150 N 7, 9; SCHLECHTRIEM Fs. 77; LUKES JuS 1961 306 I.Sp.; LINDACHER JZ 1977 604.

323 Vgl. S/J OR 1 N 337; KRAMER OR 1 N 141; J/G OR 18 N 328; ZINDEL SJZ 1982 359 f.

324 Vgl. S/J OR 1 N 330; KRAMER OR 1 N 138; v.T/P 189 f.; BUCHER 124; G/S/J N 290, 300; ZINDEL SJZ 1982 358 FN 14.

325 J/G OR 18 N 328; KRAMER OR 1 N 132, 141; G/S/J N 300.

326 Vgl. KRAMER OR 1 N 141, 126 ff.; allgemeiner S/J OR 1 N 195 ff.; G/M/K 91.

Vertrags natürlicher, tatsächlicher Konsens. (Zu einem Fallbeispiel dieser Konstellation vgl. § 11 II. 3.)

- 203 Der in Teilen des Vertrages festgestellte objektive Vertragssinn, auf den sich eine Partei tatsächlich verlassen hat – der partielle normative Konsens³²⁷ –, macht die Anwendung der Auslegungsregel von OR 2 I hinfällig. In solchen Fällen wird es gewöhnlich auch nicht zum Reinen Auslegungstreit kommen, da sich eine der Parteien auf die Geltung ihrer Regelung der Nebenpunkte berufen wird, auf welche sie sich bei Vertragsschluss verlassen hat³²⁸. Im Rechtsstreit um die Regelungen in den betreffenden Nebenpunkten wird entweder partieller normativer Konsens festgestellt werden, sofern sich eine Partei zu Recht auf die Annahme ihres Regelungsvorschlages verlassen durfte, oder die Interpretation der Erklärungshandlungen und der erkennbaren Umstände wird ergeben, dass diesbezüglich partieller versteckter Dissens bestanden hat. Dies ruft dann die Anwendung der Auslegungsregel von OR 2 I hervor.
- 204 Daneben ist es aber durchaus denkbar, dass bei Entdeckung der Uneinigkeit die Partei, der eigentlich durch das Vertrauensprinzip Schutz zukommen würde, nicht auf ihrem Standpunkt beharrt; sei dies, um den Vertrag nicht zu gefährden, sei dies, um die bisher einvernehmlichen Geschäftsbeziehungen nicht zu trüben. Diesfalls kann die betreffende Partei nachträglich bereit sein, den Streitgegenstand i.S. des Reinen Auslegungstreits zu beschränken.

3.3. Totaldissens

- 205 Grundsätzlich wirkt sich die Beschränkung des Streitgegenstandes auf die Stellung des Richters aus, indem dieser den übereinstimmenden Willen der Parteien zur Vertragsgeltung allein wegen der Nichteinigung in Nebenpunkten nicht in Frage stellen darf³²⁹. Wird aber anlässlich des Reinen Auslegungstreits festgestellt, dass nicht nur in Nebenpunkten, sondern auch in objektiv wesentlichen Vertragspunkten Divergenzen bestehen, so muss das Zustandekommen des Vertrags verneint werden³³⁰.

327 Vgl. KRAMER OR 1 N 128.

328 Vgl. KRAMER OR 1 N 102; J/G OR 18 N 328, 488; G/S/J N 870: "In einem solchen Fall kann sich der Streit um den Vertragsinhalt schon dadurch erledigen, dass der Inhalt des Vertrages sich nach der damaligen Vorstellung der einen oder der anderen Partei richtet, weil sie den Schutz des Vertrauensprinzips genießt (...)." "Somit bleibt hier für eine Vertragsergänzung nur insoweit Raum, als die Diskrepanz der wirklichen Willen nicht schon durch das Vertrauensprinzip ausgeglichen wird (...)."

329 Vgl. J/G OR 18 N 328; G/S/J N 924a; G/S SJZ 1982 231 I.Sp.; ZINDEL SJZ 1982 358 f.

330 G/J SJZ 1982 231 I.Sp.: "Eine Vertragsergänzung ist auch in einem solchen (auf den Vertragsinhalt beschränkten) Streitfall ausgeschlossen, wenn der (angebliche) Vertrag wegen seiner Unvollständigkeit kein sinnvolles Ganzes bildet, also keine, vernünftige, in sich geschlossene Änderung im Lebensbereich der Parteien herbeiführt ..."

Vgl. im weiteren: S/J OR 1 N 84; J/G OR 18 N 540; KRAMER OR 1 N 153, 171,

VI. Konstellationen des Basisfalles 2

Wegleitung

- 206 Nachdem in § 9 V. und VI. zwei grundsätzliche Lösungswege der “battle of the forms” erarbeitet und gegeneinander abgegrenzt wurden, geht es nunmehr darum, diese auf die einzelnen Varianten, in denen der Basisfall 2 auftreten kann, anzuwenden. In den nachfolgenden Ausführungen werden die einzelnen Fallkonstellationen bezüglich ihrer rechtlichen Konstruktion – im Hinblick auf mögliche Streitlagen – erfasst.

1. Bestehende Problemlösungen

- 207 In der schweizerischen Literatur wird von allen Autoren, die sich zur These der Vertragsgeltung trotz AGB-Kollision bekennen, der Lösungsweg über OR 2 eingeschlagen³³¹. Die ausführlichsten Lösungsansätze finden sich bei Kramer³³². Gemäss diesen ist die gesetzliche Vermutung von OR 2 I auf all jene Fälle anzuwenden, in welchen sich die Differenz lediglich auf objektive Nebenpunkte bezieht. Im weiteren wird die Möglichkeit angedeutet, dass dem Stillschweigen des Erstofferten auf die modifizierte Auftragsbestätigung unter Umständen nach OR 6 Zustimmung zu den Modifikationen unterstellt werden könne. Nähere Angaben zu den Voraussetzungen und Umständen, die zur Anwendung von OR 2 und 6 vorzuliegen haben, finden sich bei diesem Autor nicht. Namentlich wird nicht auf die Möglichkeit des Reinen Auslegungsstreits bezüglich der AGB-Geltungsfrage eingetreten³³³.
- 208 Ebenso wie Kramer sucht auch Giger die Lösung der AGB-Kollision in Anwendung von OR 2³³⁴. Dabei interpretiert er die Wesentlichkeit i.S. von OR 2 I gemäss der neueren Lehrmeinung (vgl. N 169).

OR 18 N 248; G/S/J N 308 f., 925; ZINDEL SJZ 1982 357; KELLER/SCHÖBI 100 f.; KELLER SJZ 1982 127 r.Sp.; VON BÜREN 132; MERZ ZGB 2 N 132.

- 331 Folgende Autoren sprechen sich explizit und ausschliesslich für die Anwendung von OR 2 aus: KRAMER OR 1 N 158–160; SJZ 1985 18 ff.; GIGER 66 f.

Ein anderer Autorenkreis spricht sich für Vertragsgeltung trotz AGB-Kollision unter Lückenfüllung des Partialdissenses durch dispositives Recht aus, ohne aber die Auslegungsregel von OR 2 I explizit zu erwähnen: S/J OR 1 N 485 i.V.m. OR 2 N 59; J/G OR 18 N 469 (nur bei Abwehrklausel, sonst Bekenntnis zur Th.d.l.W.); BUCHER 137; EUGSTER SJZ 1978 344 f.

Vgl. die Zusammenstellung der einzelnen Lehrmeinungen bei G/S/J N 832a.

- 332 KRAMER OR 1 N 158–160, OR 2 N 18; KRAMER SJZ 1985 18 ff.

- 333 Vgl. aber KRAMER OR 2 N 5, 16 zur Abgrenzung der Anwendungsfälle von OR 2 I von denjenigen, in welchen eine Klarstellung bez. der Vertragsgeltung erfolgt ist.

- 334 GIGER 66 f. Diese Interpretation der Ausführungen von GIGER ergibt sich zum einen aus dem Verweis auf KRAMER in FN 184 f. S. 67 und zum andern aus der Darstellung der Entkräftung der Vermutung von OR 2 I auf S. 67 vor FN 185.

- 209 Schöenberger/Jäggi und Bucher weisen lediglich darauf hin, dass der Vertrag grundsätzlich trotz der AGB-Kollision zustande kommt. Eine Konstruktion zur rechtlichen Begründung jedoch wird nicht angeboten³³⁵. Zur Füllung der durch den AGB-Widerspruch entstandenen Lücke wird gemäss den allgemeinen Regeln der Vertragsergänzung die Anwendung dispositiven Rechtes vorgeschlagen³³⁶.

2. Erscheinungsformen des Basisfalles 2

2.1. Allgemeines

- 210 In den bisherigen Ausführungen wurde stets von der Prämisse ausgegangen, die AGB und damit auch die diesbezügliche Kollision bezögen sich auf objektive Nebenpunkte. Diese Prämisse hat ihren guten Grund, denn würden sich die divergierenden AGB auf objektiv wesentliche Vertragspunkte beziehen, wäre die Abklärung der “battle of the forms” gegenstandslos. Die Einigung in objektiv wesentlichen Vertragspunkten ist Grundvoraussetzung für das Zustandekommen des Vertrages. Dieser Grundvoraussetzung bedarf es sowohl für die Anwendung der Konsensvermutung von OR 2 I³³⁷ wie auch für den Ausschluss des Konsensstreites³³⁸. Mindestvoraussetzung für das Zustandekommen jedes Vertrages ist die Einigung über die vertragsbestimmenden Geschäftspunkte, die *essentialia negotii*³³⁹. Das gilt so weit, als die Verträge eine gesetzliche Regelung erfahren. Allgemeiner formuliert bedeutet dies, dass der Inhalt des Vertrages ein sinnvolles Ganzes zu bilden hat, um “eine vernünftige, in sich geschlossene Änderung im Lebensbereich der Parteien herbeizuführen”³⁴⁰.
- 211 Der erste Schritt bei der Beurteilung einer “battle of the forms”-Fallsituation hat demnach immer darin zu bestehen, abzuklären, ob alle objektiv wesentlichen Vertragspunkte dem Konsens unterliegen³⁴¹.
- 212 Aus den Betrachtungen der zahlreichen deutschen Judikatur zum Thema der AGB-Kollision bei Vertragsschluss ergibt sich, dass diese Problematik beinahe ausschliesslich in Verträgen über den Warenkauf unter Kaufleuten auftritt. Beim Kaufvertrag nach schweizerischem Recht (OR 184) gehören zu den objektiv wesentlichen Vertragspunkten, den *essentialia negotii*, die Vereinbarungen über

335 S/J OR 1 N 485 i.V.m. OR 2 N 59; BUCHER 137.

336 S/J OR 1 N 430 aus Verweisen von N 485 über N 483; BUCHER 137.

337 S/J OR 2 N 28, 39; KRAMER OR 2 N 10; BUCHER 99; v.T/P 155; VON BÜREN 132.

338 Vgl. Literaturhinweise in FN 330.

339 Vgl. Literaturhinweise in FN 330.

340 S/J OR 1 N 84.

341 Siehe auch KRAMER OR 1 N 153, OR 2 N 6, 11; BUCHER 100 f.; vgl. auch Literaturhinweise in FN 330.

den Kaufgegenstand und Kaufpreis und die Verpflichtung zur Eigentumsverschaffung³⁴². In diesen Punkten besteht unschwer zumeist Einigung.

2.2. Fallbeispiele

- 213 An dieser Stelle soll übersichtsweise anhand von Fallmaterialien aus namentlich deutscher Judikatur aufgezeigt werden, welcher Art die Vertragspunkte sind, die üblicherweise Gegenstand von AGB-Kollisionen darstellen.

<i>Entscheid</i>	<i>Gegenstand des Rechtsgeschäftes</i>	<i>Inhalt der AGB-Kollision</i>
GVP 1977 31, HGer SG	Kaufvertrag über Werkzeuge	AGB-Kollision bezüglich der Lieferfristen
DB 1985 1686, BGH; NJW 1985 1838	Kaufvertrag über Waren	AGB-Kollision aufgrund eines einseitig statuierten Eigentumsvorbehalts in den AGB des Lieferanten
AGBGE 1983 Nr. 11, OLG Koblenz; BB 1984 1319, WM 1984 426	Kaufvertrag über Zement zwischen Baustoffgrossisten	AGB-Kollision bezüglich des Erfüllungsortes und der Erfüllungsmodalitäten
AGBGE 1983 Nr. 10, OLG Hamm; BB 1983 1814	Kaufvertrag über eine Maschine	AGB-Kollision bezüglich des Erfüllungsortes und des Gerichtsstandes
AGBGE 1982 Nr. 1, BGH; BB 1982 636, MRD 1982 844, NJW 1982 1749	Kaufvertrag über Stahlstäbe	AGB-Kollision aufgrund eines einseitig statuierten Eigentumsvorbehalts in den AGB des Lieferanten
AGBGE 1980 Nr. 17, LG Düsseldorf; WM 1980 1272	Kaufvertrag über Baukran	AGB-Kollision aufgrund eines einseitig statuierten Eigentumsvorbehalts in den AGB des Lieferanten
AGBGE 1980 Nr. 10, OLG Stuttgart	Kaufvertrag über Stahl	AGB-Kollision aufgrund eines einseitig statuierten Eigentumsvorbehalts in den AGB des Lieferanten
AGBGE 1980 Nr. 9, OLG Köln; BB 1980 1237, DB 1980 924, WM 1980 905	Kaufvertrag über Zement zwischen Baustoffgrossisten	AGB-Kollision bezüglich des Gerichtsstandes
BB 1979 701, OLG Hamm; NJW 1979 2199	Kaufvertrag über Waren	AGB-Kollision aufgrund eines einseitig statuierten Eigentumsvorbehalts in den AGB des Lieferanten

342 GIGER OR 184 N 6; KELLER/LÖRTSCHER 6; OSER/SCHÖNENBERGER OR 184 N 2, 12; vgl. auch KRAMER OR 1 N 154.

<i>Entscheid</i>	<i>Gegenstand des Rechtsgeschäftes</i>	<i>Inhalt der AGB-Kollision</i>
DB 1977 1311, BGH; JZ 1977 602, WM 1977 451	Kaufvertrag über Stofflieferung	AGB-Kollision bezüglich des Erfüllungsortes und des Gerichtsstandes
BB 1976 723, LG Hagen	Kaufvertrag über Stahlteile	AGB-Kollision aufgrund eines einseitig statuierten Eigentumsvorbehalts in den AGB des Lieferanten
BB 1974 1136, BGH	Kaufvertrag über eine Maschine	AGB-Kollision aufgrund eines einseitig statuierten Ausschlusses von Schadenersatz bei Verzug
BB 1973 816, OLG Karlsruhe	Kaufvertrag über eine Maschine	AGB-Kollision bezüglich des Gerichtsstandes
BGHZ 61 1973 282, BGH; BB 1973 1459, DB 1973 2135, NJW 1973 2106	Kaufvertrag über Wärmehaltesilo	AGB-Kollision aufgrund eines einseitig statuierten Ausschlusses von Schadenersatz bei Verzug
NJW 1963 1248, BGH	Werkvertrag über Gebäudeerstellung	AGB-Kollision bezüglich des Gerichtsstandes
(einziges Fallbeispiel, wo die AGB-Kollision nicht im Rahmen eines Warenkaufs auftritt)		
Vgl. Wolf/Horn/Lindacher AGBG 2 N 77:	Weitere Gegenstände von AGB-Kollisionen sind z.B. Widersprüche in folgenden Bereichen: Verzugsfristen, Konventionalstrafen, Haftungsausschlüsse und Rücktrittsrechte.	

Einzig in zwei Entscheiden ist es nicht zur Vertragsabwicklung gekommen, da jeweils eine Partei den Vertrag negiert hatte (so in AGBGE 1983 Nr. 10, OLG Hamm; BB 1974 1136, BGH).

- 214 Aus der Betrachtung dieser Fallmaterialien ergibt sich, dass die AGB zumeist Regelungen der Vertragsabwicklung oder der Behandlung von Leistungsstörungen zum Gegenstand haben. Ferner zeigen diese Fallbeispiele deutlich, dass die "battle of the forms"-Problematik hauptsächlich beim Warenkauf auftritt und dass die Kollision ausschliesslich objektive Nebenpunkte betrifft, wie z.B. die Bestimmung des Erfüllungsortes, des Gerichtsstandes oder der Verzugsfolgen. Diese an sich nicht konsensbedürftigen Punkte jedoch können je nach dem Willen auch nur einer Partei zu wesentlichen Punkten erhoben werden, was dann bewirkt, dass zur Vertragsgeltung eine diesbezügliche Einigung erforderlich ist³⁴³.

343 Vgl. S/J OR 2 N 39; KRAMER OR 2 N 11; BUCHER 101; VON BÜREN 132: "Art. 2 nennt die Punkte, welche an sich belanglos und nicht konsensbedürftig sind, durch die Parteien aber zu Widerstandspunkten gemacht werden können, die 'Nebenpunkte'."

3. Fallkonstellationen

- 215 Im folgenden erfahren denkbare Konstellationen des Basisfalles 2 eine rechtliche Beurteilung.

3.1. Offener Partialdissens

- 216 Im tatsächlichen Geschäftsleben kommt es häufig vor, dass die Kontrahenten das Kollisionsproblem bewusst offenlassen, um den Abschluss des Vertrages nicht an der mangelnden Einigung über Allgemeine Geschäftsbedingungen scheitern zu lassen. Die Frage, wessen AGB nun gelten, wird im Zeitpunkt des Vertragsschlusses trotz Kenntnis der Kollision nicht ausgetragen. Der geschäftliche Gewinn und nicht die rechtliche Perfektion steht im Vordergrund³⁴⁴. Die Situation des offenen Partialdissenses zur Zeit des Vertragsschlusses in bezug auf die AGB-Geltungsfrage wird deshalb häufig anzutreffen sein³⁴⁵. In den Vertragspunkten, auf welche sich die AGB beziehen, besteht – soweit die einzelnen Klauseln der Bedingungen sich widersprechen – Partialdissens. Von einem offenen Partialdissens kann nur gesprochen werden, wenn den Parteien auch tatsächlich bewusst ist, dass im Bereich der AGB keine Einigung erzielt worden ist³⁴⁶.

Der Sachverhalt kann in der Folge unterschiedliche Formen annehmen:

3.1.1. Offener Partialdissens und nicht erfolgte Vertragsabwicklung

- 217 Es ist denkbar, dass eine Partei sich auf die Leistungsaufforderung des Vertragsgegners hin nachträglich – aber vor Vertragsabwicklung – doch noch auf Dissens beruft, falls ihre Bedingungen nicht dem Vertragsverhältnis zugrunde gelegt werden³⁴⁷. In diesem Fall geht zumindest einer Partei die Durchsetzung der

344 Vgl. RAISER 223; FLUME 676; STRIEWE JuS 1982 728; KEGEL JZ 1952 501.

OLG Köln DB 1980 925 I.Sp.: "Deshalb wird das Kollisionsproblem häufig bewusst offengelassen. Erst dann, wenn sich Schwierigkeiten bei der Vertragsabwicklung ergeben, pflegen die Parteien darauf zurückzukommen, um die jeweils eigene Rechtsposition zu stärken. Dann wird zum jeweils eigenen rechtsgeschäftlichen Nutzen als klar behandelt, was bis dahin bewusst im unklaren gehalten worden ist." "Im Wirtschaftsleben steht der Warenumsatz und der Preis im Vordergrund, nicht die Vorsorge für normalerweise nicht auftretende Abwicklungsschwierigkeiten."

345 Zwei Beispiele eines offenen Partialdissenses in subjektiv wesentlichen Nebenpunkten zur Zeit des Vertragsabschlusses (die allerdings nicht AGB betreffen) finden sich bei ZINDEL SJZ 1982 357 FN 10, 358 FN 12.

346 KRAMER OR 1 N 138: "Auf die objektive Erkennbarkeit des Dissenses kommt es aber nicht an, sondern auf das tatsächliche Erkennen!"

347 Vgl. dazu LINDACHER JZ 1977 604 r.Sp., der vor erfolgter Vertragsabwicklung den Vertragsschluss verneint. A.A. zu Recht ULMER AGBG 2 N 98; SCHLECHTRIEM Fs. 76; VON WESTPHALEN DB 1976 1318 I.Sp.

eigenen AGB der Geschäftsdurchführung vor³⁴⁸. Nebenbei sind aber auch andere Motive der Vertragsnegierung denkbar, so dass die Berufung auf die AGB-Kollision lediglich einen Vorwand darstellt. In solchen Fällen des offenen Partialdissenses, in denen eine Partei daraus die Ungültigkeit des Vertrages ableiten will, kommt die Konsensvermutung von OR 2 I zur Anwendung. Die vertragsverneinende Partei hat nun den doppelten Gegenbeweis gegen die Vermutung von OR 2 I anzutreten (vgl. N 170), folgt man der neueren Lehrmeinung (N 169). Dabei kommt der Wertung der von der AGB-Kollision betroffenen Vertragspunkte in bezug auf die subjektive und erkennbare Wesentlichkeit zentrale Bedeutung zu.

- 218 Die Tatsache, dass die vertragsnegierende Partei trotz Kenntnis des Partialdissenses den Versuch einer Klarstellung unterlassen hat, kann unter Umständen darauf hindeuten, dass eine diesbezügliche Einigung nicht eine *conditio sine qua non* für dieselbe darstellt³⁴⁹. Grundsätzlich ist einer Partei, die Vertragsverhandlungen führt, ein minimales Interesse am Geschäftsabschluss zu unterstellen³⁵⁰. Dieses Interesse sollte eigentlich bewirken, dass die betreffende Partei auch wenigstens minimale Anstrengungen unternimmt, um einen Vertragsschluss in ihrem Sinne zu erwirken. Unterlässt sie aber jede Bemühung zur Durchsetzung der eigenen AGB, so kommt es ihr unter Umständen gar nicht sonderlich auf deren Inkorporierung in den Vertrag an, so dass diese Punkte in der Folge auch nicht als subjektiv wesentlich zu qualifizieren sind. Diese Interpretation führt dazu, dass der Vertrag aufgrund der Konsensvermutung von OR 2 I zustande gekommen ist, da es der vertragsverneinenden Partei angesichts der Umstände nicht gelingen kann, die Vermutung zu entkräften. Wendet man die Technik der bundesgerichtlichen Rechtsprechung an (N 171 ff.), die auf der traditionellen

348 Dazu ein Fallbeispiel, das in etwa dieser Fallkonstellation entspricht, in OLG Köln DB 1980 924 (identischer Fall später vor dem OLG Koblenz, AGBGE 1983 Nr. 11, wegen der örtlichen Unzuständigkeit des OLG Köln); Die Parteien haben einen Kaufvertrag über Zementlieferungen abgeschlossen, wobei sie auf widersprüchliche AGB verwiesen haben. Dieser Widerspruch ist beiden Vertragsparteien offensichtlich, zumal die Lieferantin in ihrer Auftragsbestätigung konkret zu den AGB des Bestellers Stellung genommen und diese für nicht anwendbar erklärt hat. Da in der Folge keine Abnahme der Lieferung in vollem Umfang erfolgt ist, reicht die Lieferantin Klage auf Schadenersatz ein. Der Standpunkt der Beklagten, der Vertrag sei nicht zustande gekommen, wird in der Folge nicht geschützt. Gemäss den Ausführungen des OLG Köln zeigt das mehr oder weniger bewusste Nichteintreten der Parteien auf die AGB-Kollision trotz erkannter Klärungsbedürftigkeit, dass keine Partei den zu erwartenden Geschäftserfolg mit dieser Frage belasten wollte. Dies bewirkt, dass der Vertrag ohne die Bedingungen der einen oder anderen Partei zustande gekommen ist.

349 Das mehr oder weniger bewusste Nichteintreten auf die AGB-Geltungsfrage trotz erkannter Klärungsbedürftigkeit zeigt, dass im Grunde keine Partei den zu erwartenden Geschäftserfolg mit der Beantwortung dieser Frage belasten wollte (so OLG Köln DB 1980 925). Es wäre für jede Partei ein leichtes gewesen, von der Gegenpartei Bestätigung der Geltung der eigenen AGB zu verlangen, um damit Klärung der Kollision zu bewirken.

350 Dies kann aus der Pflicht zum ernsthaften Verhandeln abgeleitet werden, vgl. S/J OR I N 573 ff.; G/S/J N 713 ff.

Lehrmeinung basiert, so führt diese Interpretation der Gesamtheit der Umstände zur Bejahung des Vertrages.

- 219 Das Verhalten der vertragsablehnenden Partei kann aber auch dahingehend interpretiert werden, dass diese infolge der Ablehnung ihrer Bedingungen nicht mehr an der Durchführung des Vertrages interessiert ist. Sie räumt der Durchsetzung der eigenen Bedingungen Vorrang vor dem rein geschäftlichen Gewinn aus der Vertragsdurchführung ein. Diesfalls wird die Durchsetzung der AGB zum Widerstandspunkt, zur *conditio sine qua non*, der Vertragsgeltung erhoben. Das Problem besteht hier in der Erkennbarkeit der subjektiven Wesentlichkeit bezüglich der Durchsetzung ihrer AGB (N 170). Der vertragsverneinenden Partei wird es kaum gelingen, die Vermutung von OR 2 I zu entkräften, da sie nicht deutlich zu erkennen gegeben hat, dass die Durchsetzung der eigenen AGB für sie unabdingbare Voraussetzung für den Vertragsabschluss ist. Die Gesamtheit der erkennbaren Umstände lässt m.a.W. auf den Abschlusswillen beider Parteien schliessen.
- 220 Gerade in Deutschland wird in derartigen Fallkonstellationen der Umstand der unterlassenen Klarstellung trotz Kenntnis der "battle of the forms" zumeist dahingehend interpretiert, dass der Abschluss des Geschäftes im Vordergrund steht und dass die Parteien diesem die Durchsetzung der eigenen AGB unterordnen. Dies spricht in der Folge für die Bejahung des Vertragsabschlusses³⁵¹.
- 221 Eine allgemeingültige Lösung der "battle of the forms" für Fallsituationen des offenen Partialdissenses bei noch ausstehender Vertragsabwicklung kann nicht angeboten werden. Es kommt entscheidend auf die tatsächlichen Umstände an, ob ein Zustandekommen des Vertrages anzunehmen ist. In den meisten Fällen rechtfertigt jedoch die unterlassene Klarstellung der AGB-Geltungsfrage trotz Kenntnis der Kollision, dass der Vertrag zu bejahen ist. Sicher lässt sich allerdings sagen, dass bei Zustandekommen des Vertrages keine der gegensätzlichen AGB gilt, besteht doch im Rahmen ihrer Kollision Dissens (vgl. dazu § 9 VII.).

351 So OLG Koblenz AGBGE 1983 Nr. 11; OLG Köln DB 1980 924.

Vgl. auch ULMER AGBG 2 N 98; SCHLECHTRIEM Fs. 76.

Anders und abzulehnen LINDACHER JZ 1977 604 r.Sp.: "Richtig dürfte zwar sein, dass (offener) Dissens in der AGB-Geltungsfrage im Zweifel eine vertragliche Bindung ausschliesst (...). Denn: Durch den Hinweis auf eigene AGB hat jede Seite objektiv mit hinreichender Deutlichkeit zu erkennen gegeben, dass auch die in den AGB enthaltenen 'Nebenpunkte' Regelungsgegenstand werden sollten (...). Und selbst wenn man davon ausgeht, dass Besteller und Lieferanten mehrheitlich den Geschäftsabschluss unabhängig von der AGB-Geltungsfrage bereits in dieser Phase wollen ..."

Nach LINDACHER ist der Vertrag aufgrund des offenen Dissenses nicht zustande gekommen, sofern es nicht zum Leistungsaustausch gekommen ist. Der Hinweis auf die eigenen AGB wird i.S. einer *conditio sine qua non* für den Vertragsschluss interpretiert, obwohl gleichzeitig zugestanden wird, dass in den meisten Fällen sowohl Besteller wie auch Lieferant mehrheitlich den Geschäftsabschluss unabhängig von der Inkorporation der eigenen Bedingungen wollen. Diese Aussagen sind widersprüchlich. Entweder will ein Kontrahent den Vertragsabschluss unabhängig von der Geltung seiner AGB, oder er macht deren Inkorporation zum Widerstandspunkt. Von diesen beiden Möglichkeiten ist die zutreffende im Einzelfall mittels Auslegung zu ermitteln.

3.1.2. Offener Partialdissens und erfolgte Vertragsabwicklung

- 222 Da im tatsächlichen Rechtsleben oft der Geschäftsabschluss der rechtlichen Perfektion, der Klarstellung der AGB-Geltungsfrage, vorgeht, wird häufig trotz der AGB-Kollision und auch in Kenntnis dieser zur Vertragsdurchführung geschritten³⁵². Die Parteien lassen demnach das Kollisionsproblem bewusst offen, um den Vertrag nicht an der mangelnden Einigung über kollidierende AGB scheitern zu lassen. Dieses pragmatische Vorgehen rechtfertigt sich namentlich deshalb, weil ein Widerspruch in den durch AGB geregelten Vertragspunkten nicht auch zwangsläufig zum Rechtsstreit führen muss. Dieser Differenz kommt nämlich und nur dann praktische Auswirkung zu, wenn im Rahmen der Vertragsabwicklung Störungen auftreten. Dies ist z.B. dann der Fall, wenn die Klauseln Gerichtsstände, Eigentumsvorbehalte oder Verzugsfolgen betreffen (vgl. die Fallbeispiele N 213). Dazu kommen auch Überlegungen der Praktikabilität, der Effizienz und der Wirtschaftlichkeit. Bei ausgedehnter Vertragstätigkeit ist die Wahrscheinlichkeit, im Einzelfall auch wirklich einen Prozess führen zu müssen, mit weit geringerem Kostenaufwand verbunden als die ständige Kontrolle aller Vertragsabschlüsse auf eine AGB-Kollision hin³⁵³.
- 223 Es geht nun darum, abzuklären, wie Fallsituationen des offenen Partialdissenses in der AGB-Geltungsfrage bei erfolgter Vertragsabwicklung rechtlich zu erfassen sind. Hierbei entscheidend sind v.a. die Reaktionen der Parteien³⁵⁴ und die Indizwirkung der Vertragsdurchführung³⁵⁵.
- Fallkonstellation des Konsensstreites
- 224 Kommt es bei der Vertragsausführung zu Leistungsstörungen in Punkten, die durch die widersprüchlichen AGB abweichend geregelt sind, so wird sich zu meist jede Partei auf die Anwendbarkeit ihrer Bedingungen berufen³⁵⁶. Überdies kann es sein, dass sich zumindest eine Partei auf den Standpunkt stellt, dass die Inkorporation und die Anwendung ihrer AGB für sie Vertragsvoraus-

352 Vgl. RAISER 224 f.; KRAMER BGB 150 N 9 a.E.; FLUME 676; ULMER AGBG 2 N 98; VON WESTPHAL ENDB 1976 1318 I.Sp.; Bsp. in: OLG Köln DB 1980 925 I.Sp.; OLG Karlsruhe BB 1972 1162.

OLG Köln DB 1980 925 r.Sp.: "Wer Ware an seinen Vertragspartner liefert, obwohl die Geltung kollidierender AGB noch nicht geklärt worden ist, verzichtet auf die Klärung mit der Folge, dass die Annahme der Ware keinen Erklärungswert i.S. einer Unterwerfung unter fremde Geschäftsbedingungen haben kann."

LINDACHER JZ 1977 605: "Richtig ist, dass Erfüllungshandlungen den Vertrag in Geltung setzen, und zwar ohne die kollidierenden AGB."

353 Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass durch heutige Kommunikationsmittel eine Verständigung technisch schnell möglich wäre. Vgl. OLG Köln DB 1980 924 r.Sp.; BGH JZ 1977 603 I.Sp.

Vgl. auch SCHMID 100.

354 Vgl. SCHLECHTRIEM Fs. 76; ULMER AGBG 2 N 98.

355 Siehe auch J/G OR 18 N 308, 360; KRAMER OR 18 N 28; MERZ ZGB 2 N 155; G/S/J N 881: Erfüllungshandlungen als Auslegungsmittel.

356 Vgl. etwa OLG Köln DB 1980 925 (dazu FN 344).

setzung ist und dass bei deren Nichtdurchsetzung und Nichtanwendung der Vertrag wegen Dissenses gescheitert ist. Auf die Berufung der einen Partei auf Dissens kommt die Auslegungsregel von OR 2 I mit dem Inhalt der Konsensvermutung zur Anwendung³⁵⁷. Folgt man der neueren Lehrmeinung (N 169), so hat nunmehr die vertragsverneinende Partei zu beweisen, dass die Inkorporation der AGB für sie Vertragsvoraussetzung darstellt und dass dies dem Vertragspartner erkennbar gewesen ist (N 170). Dieser doppelte Gegenbeweis wird wegen der beidseitig erfolgten Realabwicklung des Vertrages auf Schwierigkeiten stossen, indiziert doch gerade diese, insbesondere erkennbar für den Vertragspartner, dass der Durchsetzung der AGB nicht Vorrang vor der Abwicklung des Geschäftes zukommt³⁵⁸. Folgt man der Vorgehensweise des BGer (N 171 ff.), so wird die Interpretation der Gesamtheit der Umstände, namentlich die Vertragsabwicklung ohne Klarstellung der Geltungsfrage, zu gleichem Resultat führen.

225

Indem die nunmehr den Vertrag bestreitende Partei anlässlich des Vertragschlusses keine Anstrengung der Klarstellung in der AGB-Geltungsfrage unternommen hat, sondern vielmehr ihre Leistung erbracht und die des Partners akzeptiert hat, hat sie deutlich gezeigt, dass der Geschäftsabwicklung Priorität zukommt. Das nachträgliche Infragestellen der Vertragsgeltung, nur weil die Regelung der Leistungsstörung wegen des Widerspruchs in den AGB nicht den eigenen Bedingungen untersteht, stellt ein Verhalten dar, das Treu und Glauben widerspricht und schon deshalb keinen Schutz verdient³⁵⁹.

357 Vgl. J/G OR 18 N 545. In diesen Fällen kommt OR 2 I zur Anwendung, da über das Zustandekommen des Vertrages gestritten wird. Dies im Gegensatz zur Fallkonstellation des Reinen Auslegungstreites, in welcher die vom Partialdissens betroffenen Punkte, nicht aber der Bestand des Vertrages Gegenstand des Streites sind.

358 Auf diese Weise wird das Indiz der erfolgten Vertragsabwicklung auch weitgehend von der deutschen Literatur interpretiert. Vgl. dazu die Literaturhinweise in FN 352.

Nach dem deutschen BGB gilt es sogar mittels des Indizes der Vertragsdurchführung die gesetzliche Auslegungsregel von BGB 154 I (KRAMER BGB 154 N 6) zu dispensieren, die besagt, dass im Zweifel Totaldissens anzunehmen sei.

ULMER AGBG 2 N 98: "Die Lösung ist vielmehr durch Umkehrung der Auslegungsregel des § 154 Abs. 1 BGB für den Fall kollidierender AGB zu gewinnen (...)." LINDACHER JZ 1977 605: "Leistungserbringung und -annahme erlauben im Verein mit anderen Umständen (...) den Schluss, dass sich die Beteiligten trotz Dissens in der AGB-Geltungsfrage vertraglich gebunden erachten; die Unwirksamkeitsvermutung des § 154 I S. 1 BGB ist ex post widerlegt zu betrachten."

Der Leistungsaustausch indiziert, dass allfällige anfänglich noch subjektiv wesentliche Punkte (die Inkorporation der AGB) nunmehr von beiden Parteien als unwesentlich betrachtet werden, so dass sie dem Zustandekommen des Vertrages nicht entgegenstehen.

Siehe auch KRAMER OR 2 N 12.

359 So auch KRAMER BGB 154 N 7, der in einem ähnlich gelagerten Fall von einem kras-
sen venire contra facium proprium spricht. Ebenso OLG Köln DB 1980 925 I.Sp.;
vgl. im weiteren auch N 111.

— Fallkonstellation des Reinen Auslegungstreites

- 226 Der Interessenlage beider Parteien wird es jedoch zumeist viel eher entsprechen, dass dem Vertrag Bestand zukommt, v.a. zumal er bereits abgewickelt worden ist. Dazu kommt, dass unternehmerisch tätige Parteien grundsätzlich den Abschluss des Geschäftes anstreben, auch wenn dies nicht zu ihren Bedingungen erfolgen kann³⁶⁰. Ist es nun zu Leistungsstörungen gekommen, liegt den Parteien mehr an der Geltung des Vertrages und mithin des Geschäftes als an der Durchsetzung der eigenen AGB³⁶¹. Keine Partei wird demnach im Streit um die Bereinigung der Leistungsstörung den Vertrag in Frage stellen, sondern es wird übereinstimmend von dessen Bestand ausgegangen. Auf Fallkonstellationen dieser Art kommt sodann nicht die Konsensvermutung von OR 2 I zur Anwendung, da nicht um das Zustandekommen des Vertrages gestritten wird³⁶². Fallsituationen, in denen die Parteien übereinstimmend Konsens bekunden, unterliegen den Regeln des Reinen Auslegungstreites (vgl. im allgemeinen N 182 ff., im besonderen N 241 ff.).

3.2. Versteckter Partialdissens

- 227 Häufiger als Fallsituationen des offenen Partialdissenses werden solche des versteckten Partialdissenses anzutreffen sein³⁶³. Dies wird vor allem bei Vertragspartnern der Fall sein, deren Geschäftstätigkeit mit einer grossen Zahl von Vertragsabschlüssen verbunden ist, so dass der Kontrolle der einzelnen Verträge wenig Aufmerksamkeit gewidmet wird (vgl. N 222). Über die Abgrenzung zwischen offenem und erkennbarem Partialdissens entscheidet das tatsächliche Erkennen der Divergenz³⁶⁴.
- 228 Im Unterschied zu den Fallkonstellationen des offenen Partialdissenses kommt der Vertragsabwicklung hier nur dann Bedeutung zu, wenn die "battle of the forms" vor dieser entdeckt worden ist. Diesfalls ist der Leistungsaustausch gleich zu werten wie in Situationen des offenen Partialdissenses (vgl. N 224 ff.).

360 So etwa RAISER 223; FLUME 676; ULMER AGBG 2 N 98; OLG Köln DB 1980 925; OLG Koblenz AGBGE 1983 96 f.

361 Diese Interessenlage wird von zahlreichen Fallbeispielen in der deutschen Literatur wiedergegeben: KRAMER BGB 150 N 9 a.E.; FLUME 676; ULMER AGBG 2 N 98; SCHLECHTRIEM Fs. 76; STRIEWE JuS 1982 728; OLG Hamm BB 1979 701 362; S/J OR 1 N 172, OR 2 N 30; J/G OR 18 N 545; KRAMER OR 2 N 5, 16, OR 18 N 250; G/S/J N 924a; G/S SJZ 1982 230 I.Sp.; ZINDEL SJZ 1982 358, 359 FN 20.

363 Vgl. SCHLECHTRIEM Fs. 77; LUKES JuS 1961 306.

Fallbeispiele hierzu: HGer SG GVP 1977 31; LG Düsseldorf WM 1980 1272; BGH JZ 1977 602; LG Hagen BB 1976 723; BGH BB 1974 1136; BGH BGHZ 61 1973 282.

364 KRAMER OR 1 N 138.

3.2.1. Beidseitig versteckter Partialdissens

– Fallkonstellation des Konsensstreites

- 229 Eine erste Fallkonstellation kann sich ergeben, wenn es im Rahmen der Vertragsabwicklung bei Leistungsstörungen zum Rechtsstreit kommt und sich zumindest eine Partei daraufhin auf Dissens beruft, da ihren AGB aufgrund der Kollision in diesem Bereich die Geltung versagt wird. Diese Konstellation dürfte aber selten sein, zumal der Vertrag bereits real erfüllt ist und dem Interesse am Geschäft meist Vorrang eingeräumt wird (N 216). Auf die Berufung der einen Partei auf Dissens kommt die Auslegungsregel von OR 2 I mit dem Inhalt der Konsensvermutung zur Anwendung³⁶⁵. Was die unterschiedlichen rechtlichen Konstruktionen anbelangt, einerseits aufgrund der Anwendung der neueren Lehrmeinungen, andererseits aufgrund der Vorgehensweise des BGer, gelten die vorhergehenden Ausführungen analog (vgl. N 224).
- 230 Im Unterschied zur Fallkonstellation des offenen Partialdissenses ist die Vertragsdurchführung hier anders zu werten, da zur Zeit des Vertragsabschlusses keine Partei um die AGB-Kollision wusste. Deshalb steht eine nachträgliche Berufung auf Totaldissens, weil den eigenen AGB aufgrund der Kollision keine Geltung im Vertrag zukommt, nicht im Widerspruch zu Treu und Glauben (vgl. N 225).
- 231 In Fallkonstellationen des versteckten Partialdissenses ist die Frage, ob ein Vertrag zustande gekommen ist, über die Erkennbarkeit der subjektiven Essentialität zu lösen. Der Vertragsschluss ist nur dann zu verneinen, wenn die Gesamtheit der Umstände die Inkorporation der AGB als subjektiv wesentlich erscheinen lässt³⁶⁶. Nur dann wird der Nachweis der erkennbaren subjektiven Wesentlichkeit der Inkorporation der AGB gelingen. Es ist zwar grundsätzlich richtig, dass die Vertragspartner gegenseitig die Verweise auf AGB bei entsprechender Aufmerksamkeit hätten erkennen können. Bei der Beantwortung dieser Frage ist jedoch die Eigenart der “battle of the forms”-Problematik zu beachten.
- 232 Eine Glosse, die sich auf eine Szene in einem Londoner Gerichtssaal bezieht, mag hier zur Illustrierung dienen³⁶⁷: “Warum haben sie nicht klargestellt, wessen Allgemeine Geschäftsbedingungen gelten sollten, Ihre oder die des Gegners?” “Wir würden keinen Vertrag hinkriegen, wenn wir so was machten, haben auch keine Zeit.” “Na, wozu haben Sie dann überhaupt Bedingungen?” “Wozu? Die hat doch jeder!”
- 233 Diese Szene zeigt deutlich die nachlässige Haltung, die gewöhnlich in Fällen des versteckten Partialdissenses bei beiden Vertragsparteien anzutreffen ist. Es kann durchaus vorkommen, dass die gegnerischen AGB überhaupt nicht

365 Vgl. FN 357.

366 Siehe auch S/J OR 2 N 39; KRAMER OR 2 N 11; BUCHER 101 3.

367 KEGEL JZ 1952 501.

zur Kenntnis genommen werden, da im ersten Moment einzig das Geschäftliche, der Vertragsabschluss, von Bedeutung ist (vgl. N 226). Auch wenn die AGB des Vertragsgegners zur Kenntnis genommen worden sind, so werden sie kaum auf Übereinstimmung mit den eigenen Bedingungen untersucht werden, da dies, insbesondere bei ausgedehnter Vertragstätigkeit, mit viel zu grossem Aufwand verbunden wäre (vgl. N 227).

234 Dieses Verhalten, illustriert durch die Gerichtsszene, gibt die Bedeutung wieder, die die Parteien den AGB und deren Durchsetzung im Zeitpunkt des Vertragsschlusses beimessen. Auf die AGB wird, statt bewusst zur Durchsetzung eigener Interessen, vielmehr eher automatisch verwiesen, weil man das üblicherweise immer so tat. Zu diesem Zeitpunkt machen sich die Parteien keine grossen Gedanken über die Folgen ihres Einbeziehungsversuches. Hinter der Verweisung steht für gewöhnlich keine Überlegung, die der Absicht des Verwenders, ausschliesslich zu seinen Bedingungen zu kontrahieren, entspricht. Eine solche Absicht wäre nur dann erkennbar, wenn der Verwender noch weitere konkrete Massnahmen getroffen hätte, um seine AGB dem Vertragsverhältnis zu inkorporieren. Diese gleichgültige Haltung wird i.d.R. auf beiden Seiten vorherrschen, so dass keine Partei behaupten kann, die Durchsetzung der eigenen AGB sei für sie unabdingbare Voraussetzung für die Vertragsgeltung. Auch wenn eine Partei innerlich dieser Auffassung ist, so ist dies für die Gegenpartei kaum erkennbar, geht diese doch von der Durchschnittssituation aus, in der die Parteien ohne weitere Intentionen reflexartig auf die eigenen Bedingungen verweisen.

235 Die Entkräftung der Konsensvermutung von OR 2 I wird demnach, wenn nicht bereits am Nachweis der Wesentlichkeit der AGB, so schliesslich doch am Nachweis der Erkennbarkeit scheitern (N 169 f.). Denn die Erfahrung lehrt, dass die Parteien den Vertragsschluss grundsätzlich nicht an der AGB-Kollision scheitern lassen wollen. Nach dem pragmatischen Vorgehen des BGer, das die gesetzliche Vermutung überspielt, wird aus der Interpretation der Gesamtheit der Umstände auf Konsens zu schliessen sein (N 171 ff.). Diese Lösung ist für die Standardfallkonstellation beim versteckten Partialdissens sachgerecht. Dies schliesst nicht aus, dass besonders gelagerte Fallsituationen abweichend zu beurteilen sind (vgl. dazu § 9 IX.)³⁶⁸.

– Fallkonstellation des Reinen Auslegungstreites

236 Eine zweite Fallkonstellation ergibt sich, wenn die Parteien übereinstimmend am Vertrag festhalten und Rechtsstreit auf die AGB, welche die Modalitäten der Vertragsleistungen abweichend regeln, beschränken. Diese Konstellation dürfte häufiger anzutreffen sein als die erstbesprochene, da den unternehmerisch tätigen Parteien im Interesse der Gewinnerzielung an der Durchführung

des Geschäftes gelegen ist³⁶⁹. Dies gilt um so mehr dann, wenn die Leistungen bereits erbracht worden sind. Keine Partei wird demnach im Streit um die Bereinigung der Leistungsstörungen den Vertrag in Frage stellen, sondern es wird übereinstimmend von dessen Geltung ausgegangen. Auf Fallkonstellationen dieser Art kommt dann nicht die Konsensvermutung von OR 2 I zur Anwendung, da nicht um das Zustandekommen des Vertrages gestritten wird³⁷⁰. Fallsituationen, in denen die Parteien übereinstimmend Konsens bekunden, unterliegen den Regeln des Reinen Auslegungstreites (vgl. im allgemeinen N 182 ff.; im besonderen N 241 ff.).

3.2.2. Einseitig versteckter Partialdissens/Einseitig entdeckter Partialdissens

237 Theoretisch sind auch Fallkonstellationen des einseitig versteckten Partialdissenses bezüglich der AGB-Kollision denkbar³⁷¹. Dabei weiss nur eine Partei um die Widersprüche, unterlässt es aber in der Folge, den Vertragspartner über den Partialdissens in Kenntnis zu setzen. Der grundsätzlichen Lösung dieser Problematik liegen auf Treu und Glauben basierende Überlegungen zugrunde: Der Rechtsbeziehung der Parteien ist dasjenige Vertragsverständnis zugrunde zu legen, auf welches sich die irrende Partei mangels Aufklärung beruft³⁷². Indem die erkennende Partei trotz Kenntnis des Dissenses eine Klarstellung unterlässt, akzeptiert sie das Vertragsverständnis der Gegenpartei, das in der Folge zur Basis des Vertrages wird. Eine Berufung auf das eigene, der Gegenpartei nicht bekannte Vertragsverständnis würde als *venire contra facium proprium* Treu und Glauben widersprechen. Dies ist die grundsätzliche Lösung von Fallsituationen des einseitig versteckten Partialdissenses.

238 M.E. ist der einseitig versteckte Partialdissens in der AGB-Geltungsfrage nicht nach diesen allgemeinen Grundsätzen zu behandeln; dies aufgrund der Besonderheiten der Kollisionsproblematik. Das falsche Konsensbewusstsein der irrenden Partei ist abweichend zu den allgemeinen Regeln des einseitigen Dissenses nicht zu schützen, darf und muss doch auch ihr die Kenntnisnahme der gegnerischen AGB zugemutet werden. Nach Schönenberger/Jäggi ist das falsche Konsensbewusstsein absolut geschützt, und zwar auch dann, wenn es aus Unvorsorgfalt resultiert³⁷³. Begründet wird dieser absolute Schutz des Irrenden damit, dass

369 Zur allgemeinen Interessenlage vgl. J/G OR 18 N 327; G/S/J N 866; G/S SJZ 1982 231 I.Sp.; VON BÜREN 168 f.

Zur besonderen Interessenlage vgl. RAISER 223; KRAMER BGB 150 N 9 a.E.; FLUME 676; ULMER AGBG 2 N 98; SCHLECHTRIEM Fs. 76; STRIEWE JuS 1978 728; KEGEL JZ 1952 501; BGH NJW 1982 1751 I.Sp.; OLG Köln DB 1980 925; OLG Hamm BB 1979 701; BGH BGHZ 61 1973 288.

370 Vgl. Literaturhinweise in FN 362.

371 Zu dieser Fallkonstellation ist kein Beispiel aus der Judikatur ersichtlich.

372 Zu den Grundsätzen über den einseitig versteckten Partialdissens vgl. S/J OR 1 N 369; BUCHER 124 FN 82; siehe auch KRAMER OR 1 N 162 a.E.

373 S/J OR 1 N 369, 367, 336.

die Gegenpartei durch das Unterlassen der Aufklärung wider Treu und Glauben gehandelt hat. Gerade aber an dieser Voraussetzung des absoluten Schutzes mangelt es in Fallsituationen der "battle of the forms". Grundsätzlich handelt keine Partei mit Treu und Glauben widersprechenden Vorsätzen, wie dies für den Schutz des falschen Konsensbewusstseins verlangt ist. Es trifft viel eher zu, dass beiden Parteien die gleich nachlässige Haltung bezüglich der AGB und deren Geltung vorzuwerfen ist (vgl. N 232 f.), da diese zur Zeit des Vertragsabschlusses einzig dem tatsächlichen Zustandekommen des Geschäftes Bedeutung zumessen (vgl. N 226). Beiden Parteien ist in gleichem Masse der Vorwurf zu machen, sie hätten auf die Klärung der AGB-Geltungsfrage hinwirken können, hatten sie doch die gleiche Möglichkeit, die Kollision aus dem Bestellschreiben bzw. aus der modifizierten Auftragsbestätigung zu ersehen. Im übrigen stehen hier im Unterschied zu den Ausführungen von Schönenberger/Jäggi nicht Fälle des Totaldissenses, sondern nur solche des Partialdissenses in Nebenpunkten zur Abklärung. Vor diesem Hintergrund hat die Verhaltensweise der Parteien eine andere Wertung zu erhalten. Die erkennende Partei wird der Divergenz keine oder nur kleinste Bedeutung zumessen, kommt dies doch im Rahmen ihrer rechtsgeschäftlichen Tätigkeit nur allzu häufig vor. Zudem kommt dieser Divergenz i.d.R. keine Bedeutung zu, ausser es komme zu Vertragsstörungen. Selbst dann aber besteht kaum je eine Gefährdung des Vertrages, da die Durchsetzung der eigenen AGB in den meisten Fällen für keine Partei eine *conditio sine qua non* für den Vertragsabschluss ist, andernfalls hätte sie der AGB-Geltungsfrage mehr Aufmerksamkeit geschenkt. Es widerspricht deshalb nicht Treu und Glauben, wenn die andere Partei davon nicht in Kenntnis gesetzt wird. Im weiteren wäre es kaum möglich, einer Partei nachzuweisen, sie hätte die AGB-Kollision erkannt, da dies äusserlich nicht erkennbar ist.

239 Dies zeigt, dass Fallkonstellationen des einseitig versteckten Partialdissenses rechtlich nicht anders zu behandeln sind als solche des beidseitig versteckten Partialdissenses.

240 Den Fällen des einseitig versteckten Dissenses sind diejenigen des einseitig entdeckten Dissenses gleichzusetzen³⁷⁴. Die Besonderheit dieser Fallkonstellation besteht darin, dass eine Partei den anfänglich beidseitig versteckten Partialdissens nach Vertragsschluss entdeckt. Diese Fallkonstellation unterliegt den Grundsätzen, die zum beidseitig versteckten Partialdissens entwickelt wurden.

3.3. Übereinstimmende Konsensbekundung

241 Fallkonstellationen des anfänglich offenen oder versteckten Partialdissenses münden oft in einen Reinen Auslegungstreit statt in einen Konsensstreit. Dies gilt v.a. dann, wenn der Partialdissens aus der "battle of the forms" resultiert

374 S/J OR I N 370.

(vgl. N 226, 236). Aus der Interessenlage, wie sie zwischen unternehmerisch tätigen Vertragspartnern besteht, ergibt sich, dass diesen in erster Linie am Abschluss des Geschäftes gelegen ist³⁷⁵. Deshalb schreiten sie häufig trotz Kenntnis der AGB-Kollision zur Vertragsabwicklung³⁷⁶ oder stellen den Vertrag nach Entdeckung der Kollision nicht in Frage³⁷⁷, sondern gehen übereinstimmend von dessen Zustandekommen aus. Dabei vertrauen sie nicht zuletzt auch darauf, dass Situationen, auf die sich die AGB beziehen (zumeist Situationen der Leistungsstörung), im konkreten Vertragsverhältnis gar nicht eintreten, so dass der Durchsetzung der eigenen AGB überhaupt keine Bedeutung zukommt. Insbesondere wenn der Vertrag bereits abgewickelt worden ist, entspricht es um so weniger den Interessen der Parteien, sich auf Dissens zu berufen (vgl. N 236).

242 Da in all diesen Fallsituationen der Rechtsstreit nicht den Konsens, das Zustandekommen des Vertrages, berührt, ist die Anwendung der Auslegungsregel von OR 2 I, die eine Konsensvermutung beinhaltet, hinfällig³⁷⁸. Setzen die Parteien übereinstimmend den Bestand des Vertrages voraus und beschränken sie den Streit auf die AGB-Kollision, so handelt es sich dabei um einen sogenannten Reinen Auslegungsstreit. Die Konsensbekundung hierzu kann entweder ausdrücklich oder auch stillschweigend erfolgen, indem die Parteien – bei anfänglich offenem Partialdissens – in Kenntnis der Kollision (und trotz dieser) zur Vertragsabwicklung schreiten (vgl. N 222).

243 Was die rechtliche Konstruktion betrifft, so ist auf die allgemeinen Ausführungen zum Reinen Auslegungsstreit zu verweisen (vgl. N 187 ff.). Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Vertragspunkte, die von der AGB-Kollision erfasst werden, grundsätzlich als subjektiv unwesentlich oder als subjektiv wesentlich zu qualifizieren sind. Indem nämlich die Parteien übereinstimmend Konsens bekunden, geben sie zu erkennen, dass keine Vertragspunkte, die von der AGB-Kollision erfasst werden, für sie unabdingbare Voraussetzung für das Zustandekommen des Vertrages sind. Somit werden auch Vertragspunkte, denen allenfalls vormals (in der ersten Phase, in welcher noch Partialdissens bestand, vgl. N 193 f.) subjektive Wesentlichkeit zukam, nunmehr zu subjektiv unwesentlichen degradiert³⁷⁹. In den meisten Fallsituationen der “battle of the forms” wird aber der Inkorporation der eigenen AGB kaum je subjektive Wesentlichkeit zukommen. Dies ergibt sich aus der Gleichgültigkeit der Parteien bezüglich der AGB-Geltungsfrage³⁸⁰.

244 In den Fallkonstellationen der “battle of the forms” wird es zumeist zur Anwendung der Regeln des Reinen Auslegungsstreites kommen, da die Parteien grundsätzlich im Interesse des Geschäftsabschlusses übereinstimmend Konsens bekunden und somit am Vertrag festhalten.

375 Vgl. FN 369, 297.

376 Vgl. N 185, 222, 225.

377 Vgl. N 226, 236.

378 Vgl. FN 296.

379 Dies nach der Konstruktion ZINDELs, vgl. N 190 ff.

380 Vgl. N 218. Vgl. auch OLG Köln DB 1980 925.

3.4. Schutz des Konsensbewusstseins einer Partei

- 245 Bei den bis dahin erörterten Fallkonstellationen ergab sich immer, dass bei Bejahung des Vertrages die AGB weder der einen noch der anderen Partei diesem zugrunde zu legen sind. Nun ist aber denkbar, dass bezüglich der AGB-Geltungsfrage ein normativer Konsens festgestellt werden kann, auf den sich eine der Parteien tatsächlich verlassen hat. (Zur Abgrenzung des partiellen normativen Konsenses vom Partialdissens und vom Reinen Auslegungstreit und zur rechtlichen Konstruktion vgl. N 199 ff.)
- 246 Es ist die Frage zu beantworten, ob in Fällen des versteckten Partialdissenses nicht etwa das falsche Konsensbewusstsein einer Partei bezüglich der Inkorporation ihrer AGB zu schützen sei (vgl. N 202). Das falsche Konsensbewusstsein einer Partei ist dann zu schützen, wenn der Vertragssinn, auf den sich die Partei tatsächlich verlassen hat, als objektiv eindeutig zu qualifizieren ist³⁸¹. Diese Frage ist grundsätzlich negativ zu beantworten, da die Kollision der AGB auf die Unsorgfalt beider Parteien zurückzuführen ist, weshalb sich keine auf die Inkorporation ihrer Bedingungen verlassen darf³⁸². Das Vertrauensprinzip besagt, dass Willenserklärungen so auszulegen sind, wie der Empfänger sie in Würdigung aller ihm erkennbarer Umstände auffassen durfte und musste³⁸³. In "battle of the forms"-Fallsituationen darf weder der Bestellende noch der Bestätigende die Erklärungshandlungen des Vertragsgegners i.S. einer Zustimmung zu seinen AGB – unter Fallenlassen der eigenen Bedingungen – interpretieren. Von einer solchen Zustimmung kann grundsätzlich nicht ausgegangen werden, kennzeichnen sich ja solche Fälle gerade dadurch, dass jede Partei ihren AGB zum Durchbruch verhelfen will.
- 247 In Einzelfällen jedoch können Anzeichen darauf hinweisen, dass die eine Partei auf die Durchsetzung ihrer AGB verzichtet. Diese Indizien dürfen dann von der anderen Partei, nach dem Massstab des Vertrauensprinzips, als Zustimmung zu den eigenen AGB aufgefasst werden³⁸⁴. Dieser Konstellation könnten etwa Fälle entsprechen, in denen den AGB des Offerenten in der Auftragsbestätigung nicht derart klar erkennbar widersprochen wird, als dass darin der Widerspruch zu seinen AGB gesehen werden muss. Es ist z.B. denkbar, dass sich die AGB des bestätigenden Akzeptanten auf den Einkauf und nicht den

381 S/J OR 1 N 337: "Falls der nach ihm" (gemeint das Vertrauensprinzip) "ermittelte objektive Sinn (...) des äusseren Tatbestandes dem angerufenen Konsensbewusstsein entspricht, so hat die Gegenpartei zu beweisen, dass trotzdem Dissens vorlag. Misslingt dieser Beweis, so ist der Streit um den Dissens schon durch Auslegung entschieden: durch die Annahme eines Konsenses und der ihm entsprechenden rechtsgeschäftlichen Wirkung."

382 S/J OR 1 N 391: "Ein besonderer Grund, das falsche Konsensbewusstsein eines Beteiligten zu schützen (...), liegt nicht vor, da ein Unsorgfältiger keinen Schutz verdient (N 362, ZGB Art. 3 Abs. 2)."

383 Vgl. S/J OR 1 N 195; KRAMER OR 1 N 141; G/M/K 91.

384 Derartige Fallkonstellationen können jedoch nicht mit einem Fallbeispiel aus der Praxis belegt werden.

Verkauf beziehen oder dass die Verkaufsbedingungen nur für bestimmte Artikel und eben gerade nicht für den tatsächlichen Verkaufsgegenstand bestimmt sind³⁸⁵. Grundsätzlich deutet aber ein Verweis auf unzutreffende AGB in einer modifizierten Auftragsbestätigung im Zweifel zumindest auf die Ablehnung der gegnerischen Bedingungen hin³⁸⁶. (Zu einer Fallsituation, in der die "battle of the forms" durch die Annahme eines normativen Konsenses entschieden wird, vgl. § 11 II. 3.)

3.5. Komplexe Streitlagen

- 248 Neben den klar abgegrenzten Streitlagen aufgrund der AGB-Kollision, dem Konsensstreit einerseits und dem Reinen Auslegungstreit andererseits, sind komplexe Streitlagen denkbar, die sowohl Elemente des Konsensstreites wie auch solche des Reinen Auslegungstreites enthalten. Der Auslegungstreit kann Teil eines umfassenden Streits darstellen, der im weiteren noch einen Konsensstreit über das Zustandekommen des Vertrags mitumfasst³⁸⁷.
- 249 Eine solche komplexe Streitlage kann darin bestehen, dass eine Partei – beim Rechtsstreit aufgrund von Leistungsstörungen – behauptet, der Vertrag sei mit ihren AGB zustande gekommen. Dabei macht sie aber gleichzeitig für den Eventualfall, dass sie mit ihrem Standpunkt nicht durchdringt, geltend, dass die Inkorporation ihrer AGB für sie unabdingbare Voraussetzung für die Vertragsgeltung darstelle, weshalb sie bei Verwerfung ihres Standpunkts den Vertrag als nicht zustande gekommen erachte³⁸⁸. Wird der Standpunkt der Partei in der ersten Phase, im Auslegungstreit, nicht geschützt, so kommt in der zweiten Phase, im Konsensstreit, die Konsensvermutung von OR 2 I zur Anwendung.

385 Befinden sich aber in der Offerte AGB, die im konkreten Fall keine Anwendung haben können, so ist dem Empfänger (Akzeptanten) dennoch erkennbar, dass es dem Offerenten entweder um die Durchsetzung der eigenen AGB oder aber immerhin um die Ablehnung der gegnerischen AGB geht (so wohl auch OLG Köln AGBGE 1980 Nr. 9 = DB 1980 924).

386 In Ausnahmefällen ist es jedoch denkbar, dass der Offerent die unzutreffenden AGB des Akzeptanten nicht unbedingt als Widerspruch zu seinen Bedingungen verstehen muss, werden doch solche oft gedankenlos einer Auftragsbestätigung beigelegt, ohne damit die Absicht zu verfolgen, gegnerischen AGB zu widersprechen. Indem aber der Offerent auch unzutreffende AGB in sein Schreiben aufnimmt, zeigt er, dass er immerhin die gegnerischen AGB nicht anerkennen will.

387 Vgl. J/G OR 18 N 325; allgemeiner S/J OR 1 N 334 ff.; zur Verknüpfung der einzelnen Streitlagen vgl. G/S/J N 866: "Im gleichen Prozess kann, je nach den Rechtsbegehren, der Streit um die Vertragsauslegung einen Konsensstreit über das Zustandekommen des Vertrages auslösen oder einem Konsensstreite nachfolgen. Auch gehen in der Praxis die beiden Streitlagen oftmals ineinander über."

388 Vgl. J/G OR 18 N 325; S/J OR 1 N 171; S/J OR 1 N 336: "Jede Partei macht eine rechtsgeschäftliche Wirkung geltend und bestreitet zugleich die von der Gegenpartei geltend gemachte Wirkung (...)."

- 250 Eine weniger wahrscheinliche Streitlage bei Fallsituationen der “battle of the forms” besteht darin, dass sich in einer ersten Phase der Streit um den Konsens dreht und dass in einer zweiten Phase, bei Bejahung des Konsenses, um die Auslegung des Vertrages gestritten wird, mithin also um die Durchsetzung der AGB³⁸⁹. In der ersten Phase kommt die Konsensvermutung von OR 2 I zur Anwendung, nachfolgend, bei Bejahung des Konsenses, kommt es im Rahmen des Reinen Auslegungsstreites zur Vertragsergänzung (vgl. N 186 ff.).

VII. Ergänzung des Vertrages im Rahmen der Kollision

Wegleitung

- 251 Da in Fallsituationen der “battle of the forms” das Zustandekommen des Vertrages grundsätzlich zu bejahen ist, wird hier nun abgeklärt, auf welche Weise die durch die AGB-Kollision entstandene Regelungslücke zu schliessen ist. Dabei ist zwischen derjenigen Vertragsergänzung zu unterscheiden, welche dem Zustandekommen des Vertrages aufgrund der Konsensvermutung von OR 2 I nachfolgt, und derjenigen, welche bei übereinstimmender Festlegung des Zustandekommens des Vertrages Inhalt des Reinen Auslegungsstreites darstellt. Im weiteren gilt es, den Umfang der Kollision und mithin der Ergänzung zu bestimmen.

1. Art der Vertragsergänzung

1.1. Vertragsergänzung nach Konsensstreit

- 252 In Lehre und Praxis erfährt OR 2 I eine extensive Auslegung i.d.S., als die darin enthaltene Konsensvermutung auf alle Fälle des Partialdissenses analog anwendbar ist, auch wenn der Vorbehalt einer nachträglichen Einigung fehlt (vgl. N 175). In OR 2 II ist die Vertragsergänzung für diejenigen Situationen geregelt, in welchen der Vertrag aufgrund der Konsensvermutung von OR 2 I zustande gekommen ist. OR 2 II weicht von den allgemeinen Regeln der Vertragsergänzung ab, indem die Lücke anstelle des anwendbaren dispositiven Gesetzesrechtes in erster Linie durch richterliche Vertragsergänzung geschlossen wird³⁹⁰. Nach der überwiegenden Lehre³⁹¹ und nach der Praxis des BGer³⁹² ist OR 2 II einzig auf

389 Siehe auch J/G OR 18 N 325.

390 Vgl. S/J OR 2 N 45 ff.; KRAMER OR 2 N 21 ff.; G/S/J N 916 ff.; v.T/P 190; KELLER/SCHÖBI 112.

391 J/G OR 18 N 499, 545; MERZ ZGB 2 N 138; v.T/P 190; BUCHER 126; KELLER/SCHÖBI 112, 48: “Vorbehaltene Nebenpunkte sind somit mangels Einigung primär durch richterliche Vertragsergänzung und erst in zweiter Linie nach dispositivem

Fälle anzuwenden, in denen die Parteien den Vorbehalt der späteren Regelung vereinbart haben, wie dies dem Wortlaut von OR 2 I entspricht³⁹³. In "battle of the forms"-Fallsituationen des offenen Partialdissenses werden die Parteien kaum je den Vorbehalt der späteren Einigung bezüglich der von der AGB-Kollision betroffenen Punkte aufnehmen. Wie erwähnt, kümmern sich die Parteien zur Zeit des Vertragsschlusses meist nicht um die Klarstellung der AGB-Geltungsfrage; ihr Interesse gilt einzig dem Geschäft (N 216). Es kommen demnach in Fallsituationen, in denen die AGB-Kollision einen Konsensstreit i.S. von OR 2 I auslöst, die allgemeinen Regeln der Vertragsergänzung zur Anwendung. Dispositives Recht füllt die Lücken, welche die Kollision hinterlassen hat³⁹⁴.

1.2. Vertragsergänzung im Reinen Auslegungstreit

- 253 In der Stufenfolge der Vertragsergänzung bilden die anwendbaren Normen des dispositiven Gesetzesrechtes das erste Mittel der Ergänzung³⁹⁵. In den meisten Fallsituationen werden die durch die Kollision entstandenen Lücken durch Normen des dispositiven Rechts gefüllt werden können; dies deshalb, weil die "battle of the forms"-Problematik beinahe ausschliesslich beim Warenkauf anzutreffen ist, der hinlänglich durch das Kaufrecht geregelt ist. Ferner beinhalten AGB zumeist Normen, die die gleichen Gegenstände betreffen wie das dispositive Recht. Die Allgemeinen Liefer- und Verkaufsbedingungen der Parteien regeln diese Gegenstände jedoch nicht i.S. eines Interessenausgleiches zwischen den Parteien, wie das Gesetz dies tut, sondern vielmehr i.S. einer einseitigen Durchsetzung der eigenen Interessen³⁹⁶. Wenn nun solche interessenvertretende Bedingungen kollidieren und somit eine Regelungslücke entsteht,

Gesetzesrecht zu regeln, während bei den übrigen subjektiv unwesentlichen Vertragspunkten primär das dispositive Gesetzesrecht und erst in zweiter Linie die richterliche Vertragsergänzung zur Anwendung gelangt."

392 BGE 107 II 416; 102 II 196 = Pra 66 531; 83 II 523.

393 A.M. KRAMER OR 2 N 26 f., der OR 2 II auf alle Fälle des Partialdissenses anwenden will, in denen ein Vertrag aufgrund analoger Anwendung von OR 2 I zustande gekommen ist.

Ähnlich S/J OR 2 N 67, die OR 2 II auch anwenden wollen, wenn bezüglich eines unwesentlichen Punktes die Annahme nicht mit dem Antrag übereinstimmt. (Die "battle of the forms" bezieht sich meist auf unwesentliche Vertragspunkte, vgl. N 214.)

394 Die unterschiedlichen Meinungen zur Frage der Ergänzung sind in dieser Arbeit nicht weiter zu verfolgen; dies aufgrund der geringen praktischen Bedeutung der Ergänzungsmodalitäten. "Battle of the forms"-Streitlagen treten vornehmlich beim Warenkauf auf, ein Rechtsgeschäft, das eine detaillierte Regelung durch das OR erfährt. Die durch die Kollision ausgefallenen Vertragsbestimmungen werden oft in einen Bereich fallen, in dem das Gesetz eine ausgeglichene und detaillierte Regelung vorsieht.

395 Die überwiegende Lehre und das BGer sprechen sich für den Vorrang der Lückenfüllung durch dispositives Recht aus, vgl. J/G OR 18 N 503, 529; S/J OR 2 N 65; v.T/P 52; G/S/J N 908 ff.; BGE 107 II 149; 88 II 272.

Vgl. Näheres bei KRAMER OR 18 N 230 ff.

396 Vgl. auch MARTI SJZ 1970 162 V; FORSTMOSER (1) 31 f.: Interesse des Unternehmers an der Beschränkung des eigenen Risikos.

so ist die Ergänzung ohne weiteres durch die entsprechende dispositive Norm möglich, die durch die Regel der AGB hätte ersetzt werden sollen³⁹⁷. Sollte die durch die AGB-Kollision entstandene Regelungslücke in einen Bereich fallen, der keine Regelung durch das dispositive Recht erfährt, so ist zum sekundären Mittel der Auslegung, der Verkehrsübung, und im weiteren zum tertiären Mittel, der richterlichen Vertragsergänzung, zu greifen³⁹⁸.

- 254 Somit kommt es für die Lückenfüllung grundsätzlich nicht darauf an, ob die AGB-Kollision einen Konsens- oder einen Reinen Auslegungsstreit ausgelöst hat. Die Vertragsergänzung erfolgt in beiden Fällen nach den allgemeinen Regeln in erster Linie durch das anwendbare dispositive Recht.

2. Umfang der Ergänzung

- 255 Beim wechselseitigen Verweis auf AGB durch den Offerenten und den Akzeptanten wird es i.d.R. zur "battle of the forms" kommen. Dies ergibt sich aus den unterschiedlichen Interessenlagen der Parteien als Besteller oder Lieferant, welchen diese mit der Statuierung und Durchsetzung der eigenen AGB gerecht werden wollen. Daraus folgt aber nicht, dass sich die AGB stets in allen Punkten widersprechen müssen. Es ist im einzelnen zwischen "übereinstimmenden" (deckungsgleichen), "sich widersprechenden" (gegensätzlichen) und "einseitig geregelten" AGB zu differenzieren³⁹⁹.
- 256 Was den Umfang der Ergänzung betrifft, so bestehen grundsätzlich zwei Möglichkeiten: Vertragsergänzung nur im Rahmen der einzelnen tatsächlich kollidierenden Bedingungspunkte oder Vertragsergänzung im gesamten Bereich der AGB, da diesen aufgrund der partiellen Kollision die Geltung insgesamt abgesprochen wird.

2.1. Lückenfüllung im Rahmen des Widerspruchs

2.1.1. Grundsatz der Kongruenzgeltung

- 257 Nach der in Deutschland vorherrschenden Lehrmeinung werden die einzelnen Klauseln der AGB der Parteien, insoweit wie sie einander entsprechen, Vertragsinhalt⁴⁰⁰. Dies ist das "Prinzip der Kongruenzgeltung"⁴⁰¹: Inhaltlich übereinstimmende AGB, die vom dispositiven Recht abweichen oder dieses ergänzen,

397 Vgl. die Fallbeispiele in N 213.

398 Vgl. J/G OR 18 N 502 ff.; G/S/J N 909.

399 Terminologie aus ULMER AGBG 2 N 101.

400 So WOLF/HORN/LINDACHER AGBG 2 N 77; ULMER AGBG 2 N 102; STRIEWE JuS 1982 731 f.; SCHLECHTRIEM Fs. 77 f.; DE LOUSANOFF NJW 1985 2924 I.Sp. und NJW 1982 1730; VON WESTPHALEN DB 1976 1320; SCHLOSSER/C-W/GRABA

gelten trotz der Kollision. Die rechtliche Begründung dieser Lösung liegt in dem auch in der Schweiz geltenden⁴⁰² Grundsatz der Privatautonomie, nach welchem der Wille der Parteien in maximaler Weise zu berücksichtigen ist⁴⁰³.

- 258 Dabei ist jedoch zu bedenken, dass die Parteien ihre AGB als ganzheitliche Regelung statuiert haben, deren einzelne Klauseln miteinander in Verbindung stehen und voneinander abhängen. Eine Aufsplitterung der AGB in einzelne Klauseln und deren unabhängige Betrachtung widersprechen unter Umständen der ganzheitlichen Konzeption der AGB und verhindern eine harmonische Vertragsgestaltung, in der die einzelnen Klauseln aufeinander abgestimmt sind. Diesen Bedenken wird von der deutschen Lehre Rechnung getragen, indem die einzelnen Klauseln nicht isoliert, sondern vielmehr im Gesamtzusammenhang betrachtet und gewertet werden⁴⁰⁴. Dieser materiellen Betrachtungsweise ist grundsätzlich zuzustimmen; es ist jedoch zu differenzieren.

2.1.2. Differenzierung

– Elementweise Betrachtung

- 259 Dazu folgende Illustration: Die AGB der Parteien werden i.d.R. aus mehreren Elementen bestehen, von denen jedes einen bestimmten Bereich regelt. Solche Elemente betreffen beispielsweise Bereiche wie den Erfüllungsort, den Gerichtsstand oder die Gewährleistung. Dem Bereich Erfüllungsort sind aber auch die Bestimmungen über die Erfüllungszeiten zuzuordnen, stehen doch diese miteinander in Verbindung. Ebenso sind Gewährleistungsbedingungen und die Mängelrügefristen aufeinander abgestimmt.

AGBG 2 N 122; STAUDINGER/SCHLOSSER AGBG 2 N 85; PALANDT/HEINRICHS AGBG 2 N 6e; ULMER/SCHMIDT JuS 1984 20; LOCHER 43.

BGH DB 1985 1687; OLG Köln DB 1980 925.

Differenzierter KRAMER BGB 150 FN 17.

A.A. RAISER 225, der übereinstimmende AGB einzig i.S. von Auslegungsmittel berücksichtigen will. Ebenso FLUME 675; EMMERICH JuS 1972 365; OLG Hamm BB 1979 702; OLG Karlsruhe BB 1972 1162.

Dabei ist nicht auf den formalen Wortlaut, sondern auf den durch Auslegung zu ermittelnden Sinn der einzelnen Klauseln abzustellen, vgl. ULMER AGBG 2 N 102.

- 401 WOLF/HORN/LINDACHER AGBG 2 N 77.

- 402 Dazu S/J OR 1 N 112; BUCHER 79 ff.; v.T/P 143, 248.

Vgl. auch KRAMER OR 18 N 245; Respektierung der privatautonomen Regelung.

Siehe auch MERZ ZGB 2 N 23 f., 108, 251.

- 403 Vgl. WOLF/HORN/LINDACHER AGBG 2 N 77; STRIEWE JuS 1982 731 I.Sp.

- 404 Dazu: KRAMER BGB 150 FN 17: Im Rahmen einer Gesamtbetrachtung beider AGB ist festzustellen, ob tatsächlich eine Übereinstimmung in gewissen Punkten der Bedingungen anzuerkennen ist. WOLF/HORN/LINDACHER AGBG 2 N 77: Nicht das formale Kriterium des Wortlautes, sondern der Sinn und Zweck der jeweiligen Regelung ist entscheidend. ULMER AGBG 2 N 102: Es ist nicht formal schematisch auf das gemeinsame Minimum abzustellen.

- 260 Die Bestimmungen eines solchen AGB-Elements können nur “en bloc” dem Vertrag zugrunde gelegt werden, da sie aufeinander abgestimmt sind und alleine des notwendigen Zusammenhangs entbehren. M.a.W. hat sich die Übereinstimmung auf alle Teile der einzelnen AGB-Elemente zu beziehen, damit diese dem Vertrag inkorporiert werden können.

– Gesamthafte Betrachtung

- 261 Neben der elementweisen Betrachtung sind übereinstimmende Bedingungen noch einer weiteren Schranke zu unterwerfen. Eine Gesamtbetrachtung beider AGB soll einen Interessenausgleich zwischen den Parteien i.d.S. sicherstellen, als dass den Interessen beider Parteien in gleicher Weise Rechnung zu tragen ist⁴⁰⁵. Dazu folgende Illustration: Die Bedingungen einer Partei können mitunter durchaus Klauseln enthalten, die den Vertragspartner im Vergleich zum dispositiven Recht besserstellen; dies als Ausgleich für schlechterstellende Klauseln⁴⁰⁶. Besteht in der Folge einzig in den Bedingungen, die den einen Vertragspartner besserstellen, volle Übereinstimmung (oder teilweise Übereinstimmung, indem die AGB beider Parteien zwar nicht deckungsgleich sind, aber übereinstimmend eine Besserstellung, verglichen mit dem dispositiven Recht, enthalten)⁴⁰⁷, so würde deren Inkorporation in den Vertrag den anderen Vertragspartner, gesamthaft gesehen, benachteiligen, da die ausgleichenden schlechterstellenden Klauseln infolge der Kollision ausgefallen sind⁴⁰⁸. Bei der Aufrechterhaltung übereinstimmender AGB ist diesem Interessenausgleich Rechnung zu tragen.

405 Vgl. ULMER AGBG 2 N 102; WOLF/HORN/LINDACHER AGBG 2 N 77; STRIEWE JuS 1982 732 I.Sp. Diese Autoren lehnen die Aufrechterhaltung der AGB im Rahmen des gemeinsamen Minimums ab. So gilt z.B. nicht die gemeinsame Mindestsumme einer Vertragsstrafe, wenn diese Regelungen nach der Intention jeder Partei nur für die Gegenpartei zur Anwendung kommen soll, nicht jedoch für die statuierende Partei selbst (Bsp. aus WOLF/HORN/LINDACHER a.a.O.).

Handelt es sich jedoch um eine gegenseitige Regelung, so sollte das gemeinsame Minimum den Massstab der Übereinstimmung bilden, vgl. BUNTE ZIP 1982 449. Ist z.B. in den Einkaufsbedingungen eine Gewährleistungsfrist (i.S. von OR 210) von 24 Monaten vorgesehen und in den Verkaufsbedingungen eine von 18 Monaten, so sollte nicht die gesetzliche Frist von 12 Monaten, sondern die des gemeinsamen Minimums von 18 Monaten gelten. Diese Klausel muss jedoch in die Gesamtbetrachtung miteinbezogen werden, die einen Interessenausgleich zwischen den Parteien bezüglich aller Klauseln sicherstellt. Dies ist ein Fall überschüssender AGB, vgl. N 278 ff.

406 KRAMER BGB 150 FN 17: “Der Aufrechterhaltung der für den anderen Kontrahenten günstigen Klauseln steht m.E. entgegen, dass diese regelmässig nicht isoliert gesehen werden können; sie stellen vielleicht eine Konzession dar, der andere, für den Partner nachteilige Klauseln gegenüberstehen.”

407 Dies ist ein Fall überschüssender AGB, vgl. N 278 ff.

408 KRAMER BGB 150 FN 17: “Wollte man nun diese günstigen Klauseln aufrecht erhalten, so würde dies das vom Aufsteller der AGB kalkulierte Mischverhältnis zunichte machen.”

- 262 Das Prinzip der Kongruenzgeltung unterliegt demnach einer zweifachen Restriktion in Gestalt der elementweisen Betrachtung und des Interessenausgleichs aufgrund der Gesamtbetrachtung aller Klauseln.
- 263 Wenn auch gewisse Autoren⁴⁰⁹ zu bedenken geben, dass durch die Lückenfüllung durch dispositives Recht den Parteien ein Vertrag mit einem Inhalt, den keine wollte, aufgezwungen wird, so ist dieses Argument unbeachtlich. Zum einen bietet das dispositive Recht grundsätzlich eine neutrale und interessenausgleichende Regelung, zum andern ist den Parteien diese Konsequenz bewusst (in Fallsituationen des offenen Partialdissenses) oder immerhin erkennbar (in Fallsituationen des versteckten Partialdissenses). Ferner wiegt grundsätzlich das Interesse unternehmerisch tätiger Parteien am Geschäftsabschluss stärker als dasjenige der Durchsetzung der eigenen AGB⁴¹⁰.

2.2. Lückenfüllung im gesamten Bereich der AGB

- 264 Nach einer vorwiegend älteren deutschen Lehrmeinung kommt der Vertrag bei AGB-Kollisionen ohne Bedingungen der Parteien zustande. Etwaige Übereinstimmungen bleiben unberücksichtigt⁴¹¹. Dieser Lösungsvorschlag trägt zwar der Privatautonomie keine Rechnung, verwirklicht aber das Postulat der Rechtssicherheit. Währenddem bei Anwendung des Prinzips der Kongruenzgeltung die Inkorporation formal übereinstimmender AGB-Klauseln im Einzelfall vom Resultat der elementweisen und der gesamthaften Betrachtung abhängig ist, so ist hier der Umfang der Lückenfüllung von vornherein klar.
- 265 Zwar lässt sich sagen, dass die Parteien durch die unterlassene Klärung in der AGB-Geltungsfrage eine gewisse Gleichgültigkeit diesbezüglich gezeigt haben, die offenbart, dass ihnen die Durchsetzung ihrer AGB nicht wesentlich ist⁴¹². Daraus aber abzuleiten, dass auch übereinstimmenden AGB die Geltung versagt werden sollte, erscheint ungerechtfertigt. Dem Parteiwillen sollte soweit wie möglich Rechnung getragen werden. Damit wird u.a. auch dem Vorwurf teilweise entgegengetreten, mit der Lückenfüllung durch dispositives Recht werde den Parteien ein Vertrag mit einem Inhalt aufgezwungen, den keine der beiden tatsächlich gewollt habe.
- 266 Im weiteren ist in die Berufung einer Partei auf dispositives Gesetzesrecht in einem Bereich, in welchem die gegenseitig verwiesenen AGB übereinstimmen, als *venire contra factum proprium* zu werten, das Treu und Glauben widerspricht⁴¹³. Zumal einem Interessenausgleich bei der Aufrechterhaltung übereinstimmender AGB Rechnung getragen wird (N 261), gibt es keine vernünftigen

409 Vgl. RAISER 225; SCHLECHTRIEM Fs. 77.

410 Vgl. v.a. N 220, 226, 236.

411 So RAISER 225; FLUME 675; EMMERICH JuS 1972 365; OLG Hamm BB 1979 702; OLG Karlsruhe BB 1972 1162.

412 Vgl. statt vieler OLG Köln DB 1980 925.

413 Näheres bei MERZ ZGB 2 N 402.

Gründe, die es rechtfertigen, sich nunmehr auf die Geltung des anwendbaren dispositiven Rechtes zu berufen.

2.3. Einseitig geregelte AGB

- 267 Einseitig geregelte AGB liegen vor, wenn nur die Geschäftsbedingungen der einen Partei für gewisse Vertragspunkte Regelungen enthalten. Es handelt sich somit um Ergänzungsregelungen, die nicht auf widersprüchliche Klauseln in den AGB der Gegenpartei stossen. Grundsätzlich bleibt solchen Klauseln die Wirkung im Vertragsverhältnis versagt, denn der Verweis auf die eigenen Geschäftsbedingungen impliziert gleichzeitig die Verwerfung der gegnerischen AGB; die Aufnahme einer Abwehrklausel ist nicht erforderlich⁴¹⁴. Ferner ist einer Vertragspartei, deren AGB keine entsprechenden Regelungen enthalten, zu unterstellen, dass sie sich demnach für die Anwendung des dispositiven Gesetzesrechtes ausspricht.
- 268 In der deutschen Lehre sind unterschiedliche Lösungen zu dieser Problematik anzutreffen⁴¹⁵. Nach der herrschenden deutschen Lehre ist die Wirksamkeit der einseitig geregelten Ergänzung abhängig von dem durch Auslegung zu ermittelnden Willen der Gegenpartei⁴¹⁶. Diesem theoretischen Lösungsansatz ist sicher zuzustimmen. Praktisch läuft dies dann darauf hinaus, dass nur bei einseitig begünstigenden Klauseln dem Vertragsgegner Zustimmung unterstellt werden kann (Günstigkeitsprinzip)⁴¹⁷, sicherlich aber nie bei einseitig benachteiligten Klauseln. Die Anwendung des Günstigkeitsprinzips untersteht jedoch der doppelten Restriktion der elementweisen Betrachtung und des Interessenausgleiches aufgrund der Gesamtbetrachtung aller Klauseln (N 259 ff.). Nur auf diese Weise werden die Interessen beider Parteien angemessen berücksichtigt⁴¹⁸.

414 Vgl. Näheres dazu N 274 ff., 291 ff.

415 Bez. der Wirksamkeit einseitiger Bedingungen, die der Gegenpartei Rechte und Vergünstigungen einräumen, bestehen unterschiedliche Ansichten. Nach STAUDINGER/SCHLOSSER AGBG 2 N 85 und FLUME 675 sind solche einseitig begünstigende Klauseln generell wirksam. Nach WOLF/HORN/LINDACHER AGBG 2 N 79 kommt diesen Klauseln nur Wirksamkeit zu, wenn diese als isolierbare Regelungen zu qualifizieren sind und es sich nicht nur um unselbständige Reste eines einheitlichen Regelungsgegenstandes handelt. (Dies wohl i.S. der elementweisen Betrachtung.) Nach ULMER AGBG 2 N 104 kann von einem stillschweigenden Einverständnis der Gegenpartei ausgegangen werden, wenn die einseitige Regelung im Rahmen solcher Geschäftsbeziehungen üblich ist. Nach STRIEWE JuS 1982 732 bleiben einseitig geregelte AGB grundsätzlich unberücksichtigt.

416 So ULMER AGBG 2 N 104; WOLF/HORN/LINDACHER AGBG 2 N 79; ULMER/SCHMIDT JuS 1984 20 r.Sp.; DE LOUSANOFF NJW 1985 2923 f.

Nur wenn nach der vertrauens-theoretischen Interpretation dem Schweigen auf die einseitigen Bedingungen Zustimmung unterstellt werden darf, erwachsen die Ergänzungen in Vertragsgeltung. Ein bestimmender Umstand dabei ist, ob die Ergänzungen den Interessen des Empfängers Rechnung tragen.

Vgl. auch N 274 ff. zur stillschweigenden Annahme gegnerischer Bedingungen.

417 Dazu WOLF/HORN/LINDACHER AGBG 2 N 79.

Vgl. Näheres zum Günstigkeitsprinzip N 276 f.

418 Ähnlich WOLF/HORN/LINDACHER AGBG 2 N 79, die eine Restriktion befürworten,

- 269 Nach gewissen Autoren⁴¹⁹ kommt einseitigen Bedingungen, die sich jedoch für die Gegenpartei ungünstig auswirken (z.B. Eigentumsvorbehalte), dennoch Vertragsgeltung zu, sofern diese in derartigen Geschäftsbeziehungen handelsüblich sind. Diese Auffassung ist abzulehnen, hat doch die Gegenpartei durch Verweis auf ihre eigenen AGB jeglichen Bedingungen der anderen Partei, die nicht ihren Bedingungen oder Interessen (Günstigkeitsprinzip) entsprechen, widersprochen. Ein solcher Widerspruch besteht auch dann, wenn den einzelnen Klauseln der einen Partei keine entsprechenden der andern entgegenstehen und keine Abwehrklauseln oder Wirksamkeitsvorbehalte ausdrücklich gegnerische Bedingungen ablehnen (vgl. N 292, 298). Mit dem Verweis auf die eigenen AGB werden gegnerische Bedingungen implizit gesamthaft verworfen; es kommt das massgebliche dispositive Recht, unter Vorbehalt des Günstigkeitsprinzips, zur Anwendung.

2.4. Verweis auf dispositives Gesetzesrecht

- 270 Zur Kollision zwischen abweichenden Vertragsbedingungen kommt es auch dann, wenn die eine Partei auf die anwendbaren Normen des dispositiven Gesetzesrechts verweist, währenddem die andere auf ihre AGB Bezug nimmt⁴²⁰. Mit dem Verweis auf das dispositive Recht wird, auch wenn keine Abwehrklausel oder kein Wirksamkeitsvorbehalt darin aufgenommen worden ist, den gegnerischen AGB konkludent widersprochen. Es gelten die allgemeinen Regeln der Vertragsergänzung (N 253)⁴²¹. Die Lückenfüllung bewirkt in solchen Fällen, da diese durch das dispositive Recht erfolgt, dass eigentlich die Bedingungen der darauf verweisenden Partei zur Anwendung gelangen.
- 271 Zur Problematik der Vertragsergänzung im Rahmen der AGB-Kollision ist abschliessend zu bemerken, dass der Frage, ob nun übereinstimmenden Klauseln Vertragsgeltung zukommt oder ob dispositives Gesetzesrecht die AGB gesamthaft ersetzt, lediglich beschränkte praktische Bedeutung zukommt. Im Rechts-

indem das Günstigkeitsprinzip nur dann zur Anwendung kommt, wenn die begünstigende Klausel als selbständige Regelung (demnach als AGB-Element) anzusehen ist.

419 So ULMER AGBG 2 N 104; WOLF/HORN/LINDACHER AGBG 2 N 79; ULMER/SCHMIDT JuS 1984 20 r.Sp.; a.A. STAUDINGER/SCHLOSSER AGBG 2 N 85.

420 Anders ULMER AGBG 2 N 103, der dem Verweis auf Gesetzesrecht nur dann Wirkung zugesteht, wenn die AGB die Gesetzesbestimmungen einzeln wiedergeben. Eine allgemeine Verweisung wird als wirkungslos erachtet. Diese Auffassung ist abzulehnen, da namentlich einem unternehmerisch tätigen Kontrahenten die Kenntnisnahme des Gesetzestextes zuzumuten ist. Ferner kommt das dispositive Recht ohne entsprechenden Verweis stets dann zur Anwendung, wenn der Vertrag unvollständig geregelt ist, vgl. S/J OR 1 N 84, 430.

421 Der Verweis auf dispositives Gesetzesrecht ist im Geschäftsverkehr in der Schweiz v.a. in Bereichen anzutreffen, wo keine Verbandsbedingungen bestehen. Diesem Verweis wird oftmals auch eine Abwehrklausel beigelegt: "Dieser Verkauf untersteht den anwendbaren Bestimmungen des Schweizerischen Obligationenrechts. Anderslautende Bedingungen sind ungültig."

streit nämlich werden nur die divergierenden Punkte, die gerade die tatsächliche Streitfrage betreffen (z.B. Verzugsfristen oder Gewährleistungsbedingungen), von Interesse sein. Nur diese Bedingungen sind Gegenstand des Rechtsstreites und mithin der gerichtlichen Beurteilung.

VIII. Anwendungsbereich von OR 6

1. Allgemeines

- 272 Während die Anwendung des Grundsatzes von BGB 150 II im Rahmen der Übereinstimmung abgelehnt wurde (vgl. N 162), kommt dieser nach wie vor im Bereich des Partialdissenses, der AGB-Kollision, zur Anwendung. Hier gilt es abzuklären, ob anstelle der Lückenfüllung nicht teilweise auch bestimmte AGB-Klauseln einer stillschweigenden Annahme zugänglich sind. Dabei ist festzuhalten, dass Schweigen auch im kaufmännischen Verkehr grundsätzlich keine auf einen bestimmten Geschäftswillen gerichtete Willenserklärung darstellt⁴²².
- 273 Die Zurechenbarkeit des Schweigens i.S. einer Willenserklärung bestimmt sich nach dem Vertrauensprinzip⁴²³. Keine ausdrückliche Annahme braucht der Antragsteller dann zu erwarten, wenn er den Umständen entsprechend aus dem Schweigen der Gegenpartei auf deren Annahmewillen schliessen darf⁴²⁴. Namentlich bei Regelungen, die für den Empfänger vorteilhaft sind, kann dessen Schweigen gegebenenfalls als Zustimmung interpretiert werden⁴²⁵. Der Massstab ist somit die Interessenlage des Empfängers.

2. Konsensfähigkeit einseitig geregelter AGB

2.1. Problemstellung

- 274 Bei Kramer⁴²⁶ wird der Problembereich der stillschweigenden Zustimmung auf die modifizierte Auftragsbestätigung angeschnitten. Untersucht wird dabei, unter welchen Umständen und inwieweit das Schweigen des Erstofferenten auf die

422 SCHMIDT-SALZER (1) D. 62, D. 77; OLG Stuttgart AGBGE 1980 113; BGH BGHZ 61 1973 286.

423 KRAMER OR 1 N 10 ff.; SCHMIDLIN OR 6 N 12 ff.; SCHLÄPFER 17.

424 Dabei kommt es nicht auf das Erklärungsbewusstsein an. Entscheidend ist einzig, ob das Verhalten des Erklärenden nach den Kriterien des Vertrauensprinzips als Willenserklärung gedeutet werden darf, vgl. SCHMIDLIN OR 6 N 16 f.; KRAMER OR 1 N 46 ff.; S/J OR 1 N 192; MERZ ZGB 2 N 126.

425 Vgl. SCHMIDLIN OR 6 N 30 ff.; S/J OR 6 N 28; BUCHER 116; G/S/J N 391.

426 KRAMER SJZ 1985 18 f.; KRAMER OR 1 N 158, 216, OR 2 N 18.

gegnerischen AGB deren Annahme bedeuten kann⁴²⁷. Dabei kommt jener Autor in Anlehnung an die Rechtsgrundsätze zum kaufmännischen Bestätigungsschreiben⁴²⁸ zum Schluss, dass nur ergänzende und präzisierende Klauseln, die den Interessen des Vertragspartners angemessen Rechnung tragen, der stillschweigenden Annahme durch den Offerenten zugänglich sind.

- 275 Bei den von Kramer erwähnten ergänzenden und präzisierenden Klauseln handelt es sich um einseitig geregelte AGB, denen keine widersprechenden Bedingungen der anderen Seite entgegenstehen. Auf beidseitig geregelte AGB kann OR 6 keinesfalls Anwendung finden, da entweder im Rahmen dieser wegen Widersprüchlichkeit Partialdissens besteht oder diese aufgrund der Übereinstimmung Vertragsinhalt werden. Einseitig geregelte Vertragsbedingungen können jedoch nicht nur Inhalt der AGB des Akzeptanten, sondern auch Inhalt der AGB des Offerenten darstellen⁴²⁹. Das bedeutet, dass eine stillschweigende Annahme einseitig geregelter AGB gegebenenfalls nicht nur dem Erstofferenten, sondern auch dem Verwender der modifizierten Auftragsbestätigung unterstellt werden kann. Der Massstab hierzu ist das Günstigkeitsprinzip (N 268), welches aber im Einzelfall durch den Interessenausgleich zwischen den AGB der Parteien relativiert wird (N 261 ff.).

2.2. Günstigkeitsprinzip

- 276 Das Kriterium des Günstigkeitsprinzips stellt eine Ausformulierung des Vertrauensprinzips dar. Nur wenn die Ergänzungen in den einseitig geregelten AGB den Interessen des Empfängers Rechnung tragen, indem sie sich für ihn günstig auswirken, darf deren Verwender dessen Schweigen als Zustimmung dazu interpretieren. Dabei besteht das Schweigen des Gegenkontrahenten eigentlich darin, dass seine AGB keine widersprüchlichen Klauseln enthalten.
- 277 Die Anwendung des Günstigkeitsprinzips beinhaltet eine Abwägung der Interessen des stillschweigenden Empfängers. Dabei wird verglichen, ob die einseitig geregelten AGB seinen Interessen in gleichem Masse entsprechen wie die anwendbaren Bestimmungen des dispositiven Rechtes⁴³⁰ und wie die Individualabreden in Offerte und Akzept (vgl. N 30 ff.). Nur wenn sich die einseitig geregelten AGB mindestens ebenso günstig erweisen wie die zum Vergleich beigezogenen Rege-

427 M.E. ist auch das Schweigen des Akzeptanten auf jene AGB-Klauseln des Offerenten, denen er mit der modifizierten Auftragsbestätigung nicht widerspricht, zu prüfen.

428 Zur Konstitutivwirkung des Schweigens auf Ergänzungen in kaufmännischen Bestätigungsschreiben vgl. N 72 ff.

Zur Gegenüberstellung konstitutiv wirkender Ergänzungen in Auftragsbestätigungen und Bestätigungsschreiben vgl. N 322 f.

429 Es ist deshalb an dieser Stelle die Problematik einseitig geregelter AGB wieder aufzurollen, vgl. N 267 ff.

430 Anders SCHLECHTRIEM Fs. 77, der für die stillschweigende Annahme einseitiger Ergänzungsregelungen, die vom dispositiven Recht abweichen, lediglich voraussetzt, dass diese den Vertrag nicht wesentlich verändern.

lungen, darf im Schweigen der Gegenpartei Zustimmung dazu gesehen werden. Der Vergleich mit dem anwendbaren dispositiven Recht wird in den meisten Fällen schlüssig sein, tritt die "battle of the forms"-Problematik doch vorwiegend beim Warenkauf auf (N 214) und beziehen sich die AGB zumeist auf Bereiche, die auch durch die dispositiven Normen eine Regelung erfahren.

3. Konsensfähigkeit überschüssender AGB

- 278 Regeln die Kontrahenten einen Vertragspunkt zwar nicht deckungsgleich, stimmen aber ihre AGB wenigstens insoweit überein, wie beide eine Besserstellung einer Partei, verglichen mit dem dispositiven Recht, enthalten, so überschüssigen die Bedingungen der einen diejenigen der anderen Partei. Was sich für die eine Partei dabei als Begünstigung, verglichen mit dem dispositiven Recht, auswirkt, bedeutet für die andere Partei eine Benachteiligung, eine Konzession an den Vertragspartner. Hierzu sind zwei Fallkonstellationen denkbar, die rechtlich unterschiedlich zu werten sind.
- 279 Geht die Besserstellung in den AGB der begünstigenden Partei weiter als die Besserstellung in den AGB der benachteiligten Partei, so gilt das gemeinsame Minimum der gegenseitigen Regelung, welches im Umfang der Konzession der benachteiligten Partei entspricht. Gestehen die AGB des Verkäufers dem Käufer eine Gewährleistungsfrist von 18 Monaten zu und verlangen die AGB des Käufers eine solche von 24 Monaten, so gilt die Frist von 18 Monaten, das gemeinsame Minimum (vgl. FN 405).
- 280 Liegt jedoch der umgekehrte Fall vor, in dem die Besserstellung seitens der benachteiligten Partei weiter geht, so ist dies wie eine Begünstigung in einseitig geregelten AGB zu behandeln. Im Rahmen der überschüssigen Begünstigung besteht Stillschweigen der Gegenpartei. In Anwendung des Günstigkeitsprinzips, welches auf vertrauenstheoretischen Überlegungen fusst, werden die überschüssigen AGB dem Vertragsverhältnis inkorporiert, dem Stillschweigen des Begünstigten darf Zustimmung unterstellt werden. Die AGB in diesem Bereich gelten diesfalls nicht im Rahmen des gemeinsamen Minimums, sondern im vollen Umfang, allerdings immer unter Vorbehalt der elementweisen Betrachtung und des Interessenausgleichs (N 268).

IX. Differenzierungen

1. Bedeutung von Abwehrklauseln

- 281 An dieser Stelle ist zu untersuchen, ob Abwehrklauseln in den AGB der Vertragsparteien die bisher gewonnenen Erkenntnisse in irgendeiner Weise in Frage stellen. Gegenstand weiterer Abklärungen ist der Einfluss von Abwehrklauseln erstens auf die Vertragsgeltung, zweitens auf die AGB-Durchsetzung und drittens auf den Bestand einseitig geregelter AGB-Klauseln. (Vgl. auch die Ausführungen zur Abwehrklausel bei der Behandlung der Theorien zur "battle of the forms" N 113, 127 f.)

1.1. Form und Inhalt von Abwehrklauseln

- 282 Die Abwehrklausel kann in einfacher sowie auch in qualifizierter Form in den AGB der Parteien enthalten sein⁴³¹. Die einfache Abwehrklausel (auch Ausschlusslichkeits- oder Alleinstellungsklausel genannt) statuiert, dass ausschliesslich die eigenen Bedingungen den entsprechenden Verträgen zugrunde liegen. Die qualifizierte Abwehrklausel enthält noch den Zusatz, dass entgegenstehende Bedingungen nur bei schriftlicher Anerkennung Geltung haben. Aufgrund vertrauensrechtlicher Erwägungen ergibt sich, dass beide Klauselformen gleich zu werten sind, denn das entscheidende Element, das Primat der eigenen AGB, ist in beiden enthalten⁴³².

1.2. Auslegung nach dem Vertrauensprinzip

- 283 Das Vertrauensprinzip gilt ganz allgemein als Auslegungsregel äusserlich erkennbarer Erklärungsvorgänge und besagt, dass Willenserklärungen so auszulegen sind, wie sie der Empfänger in Würdigung aller Umstände auffassen durfte und musste⁴³³. Unter diesem Gesichtspunkt sind auch Offerten und Akzepte, die

431 Vgl. SCHLECHTRIEM Fs. 71 FN 17 und 77 FN 45; VON WESTPHALEN DB 1976 1318 f.; LINDACHER JZ 1977 604.

432 Ebenso, aber aus anderen Gründen, SCHLECHTRIEM a.a.O. und VON WESTPHALEN a.a.O. SCHLECHTRIEM lehnt die unterschiedliche Behandlung von Abwehrklauseln ab, da im einzelnen die Einordnung der Klauseln zu dieser oder jener Kategorie Schwierigkeiten bereitet. Nach VON WESTPHALEN ist die Rechtssicherheit tangiert, wenn die Qualifizierung von Abwehrklauseln zum Massstab der Durchsetzung von AGB in Kollisionsfällen erhoben wird.

Ebenso, aber ohne Begründung ULMER AGBG 2 N 98; SCHLOSSER/C-W/GRABA AGBG 2 N 120; STAUDINGER/SCHLOSSER AGBG 2 N 83; ULMER/SCHMIDT JuS 1984 20 l.Sp.

433 Dazu S/J OR 1 N 195 ff.; KRAMER OR 1 N 37 ff.; MERZ ZGB 2 N 125; G/M/K 91; G/S/J N 187 ff.

Abwehrklauseln beinhalten, zu werten. Dabei ist vor allem dem Umstand der Vertragsdurchführung besondere Aufmerksamkeit zu schenken, wird dadurch doch das Festhalten an der Durchsetzung der eigenen AGB relativiert⁴³⁴.

1.3. Einfluss von Abwehrklauseln auf die Vertragsgeltung

- 284 Es stellt sich die Frage, ob Abwehrklauseln in den Vertragserklärungen der Parteien dazu führen, dass der Partialdissens im Rahmen der Kollision dem Zustandekommen des Vertrages entgegensteht, da die AGB-Geltungsfrage nunmehr als erkennbar subjektiv wesentlich zu bezeichnen ist. Ist die Abwehrklausel ein erkennbares Indiz dafür, dass der Verwender der Durchsetzung der eigenen AGB den Vorrang vor dem Geschäftsabschluss einräumt? Das Vertrauensprinzip mag hier Aufschluss geben.
- 285 Abwehrklauseln deuten vor allem wegen ihres meist pauschalen formelhaften Charakters nicht darauf hin, dass der Verwender den Vertrag nur zu seinen Bedingungen abzuschliessen bereit ist. Diese Klauseln werden von den meisten Kontrahenten reflexmässig bei allen Vertragsabschlüssen verwendet, ohne dass aber im einzelnen eine wertende Überlegung dahintersteht, die tatsächlich der Durchsetzung der eigenen AGB Vorrang vor dem Geschäftsabschluss einräumt.
- 286 Ein weiteres Indiz dafür, dass die Durchsetzung eigener AGB nicht eine *conditio sine qua non* für den Vertragsabschluss darstellt, ist die Tatsache, dass keine weiteren Anstrengungen zur Klärung der AGB-Kollision unternommen werden. Eine solche Interpretation drängt sich um so mehr dann auf, wenn die Parteien bereits mit der Abwicklung des Vertrages begonnen haben, ohne vorgängig Klärung in der AGB-Geltungsfrage geschaffen zu haben (vgl. N 127)⁴³⁵. Zudem lehrt die Erfahrung, dass die Parteien den Vertragsschluss grundsätzlich nicht am Partialdissens bezüglich der AGB scheitern lassen wollen⁴³⁶.
- 287 In Anbetracht all dieser Umstände ergibt es sich, dass auch bei Abwehrklauseln in den Vertragserklärungen auf den Abschlusswillen der Parteien zu schliessen ist. Die Statuierung einer Abwehrklausel führt nicht dazu, dass der Inkorporation der eigenen AGB subjektive Wesentlichkeit beigemessen wird. Berufte sich eine Partei in solchen Fallkonstellationen dennoch auf die subjektive Wesentlichkeit, so kommt die Konsensvermutung von OR 2 I zur Anwen-

434 Vgl. N 110 ff., 195 ff.

435 Hauptsächlich mit diesem Argument verneint die h.L. in Deutschland die vertrags-hemmende Wirkung von Abwehrklauseln. Vgl. dazu: ULMER AGBG 2 N 98; WOLF/HORN/LINDACHER AGBG 2 N 77; SCHLECHTRIEM Fs. 76; STRIEWE JuS 1982 731; ULMER/SCHMIDT JuS 1984 20 I.Sp.; OLG Köln DB 1980 925; vgl. auch KRAMER BGB 150 N 9.

OLG Köln DB 1980 925: "Jeder Vertragspartner hat es in der Hand, den anderen zu einer klaren Stellungnahme zu veranlassen. Unterlässt er dies – regelmässig, um den Vertragsabschluss als solchen nicht zu gefährden –, dann muss es dabei sein Bewenden haben."

436 Dazu ein illustratives Bsp. bei KEGEL JZ 1952 501 (zit. in N 232).

dung, folgt man der neueren Lehrmeinung (N 169 f.). Angesichts der Umstände in solchen Situationen wird es der vertragsverneinenden Partei kaum je gelingen, die Konsensvermutung zu entkräften. Allein eine Abwehrklausel wird der für den Gegenbeweis geforderten Erkennbarkeit der subjektiven Essentialität nicht genügen. Die Gesamtheit der Umstände lässt in solchen Fallsituationen auf den Abschlusswillen beider Parteien schliessen; dies nach der pragmatischen Vorgehensweise des BGer, die die Vermutung von OR 2 I überspielt (N 172).

- 288 Beruft sich eine Partei nach erfolgter Vertragsabwicklung auf Dissens, so entspricht dies einem Treu und Glauben widersprechenden „venire contra factum proprium“, hat sie doch anfänglich die Widersprüchlichkeit in der AGB-Geltungsfrage hingenommen (vgl. N 225).

1.4. Einfluss von Abwehrklauseln auf die Durchsetzung der AGB

- 289 Grundsätzlich kommt der Vertrag in Situationen der “battle of the forms” ohne die Bedingungen einer Partei zustande. Es ist nun abzuklären, ob dieser Grundsatz auch bei der Verwendung von Abwehrklauseln gilt. Auch hier gibt die vertrauentheoretische Interpretation der Willenserklärungen der Parteien Aufschluss. Zur Ablehnung der gegnerischen Bedingungen bedarf es keiner Abwehrklausel, denn durch die Inbezugnahme der eigenen AGB wird unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass gegensätzliche AGB nicht akzeptiert werden (vgl. N 128). Unter dem Blickwinkel des Vertrauensprinzips sind sowohl der blosser Verweis auf die eigenen AGB als auch der Verweis kombiniert mit einer Abwehrklausel gleichermassen als Ablehnung entgegenstehender AGB zu qualifizieren. M.a.W. enthält jeder Verweis auf AGB konkludent eine Abwehrklausel. Somit ergibt sich, dass einer Abwehrklausel – was die Durchsetzung der AGB angeht – keine Bedeutung zukommt⁴³⁷.

1.5. Einfluss von Abwehrklauseln auf deckungsgleiche AGB

- 290 Mit einer Abwehrklausel wird (gleich wie mit der Inbezugnahme der eigenen AGB) einzig den abweichenden, nicht aber den übereinstimmenden gegnerischen Bedingungen widersprochen. Die Inkorporation deckungsgleicher AGB bedeutet für beide Parteien eine partielle Durchsetzung eigener Bedingungen.

437 Dafür spricht sich auch die h.L. in Deutschland aus (FN 435), die dem Umstand der Vertragsdurchführung zentrale Bedeutung beimisst. In der Vertragsdurchführung liegt ein konkludenter Verzicht auf die Abwehrklausel.

Anders der BGH, der der Abwehrklausel insofern Bedeutung zumisst, als dass deren Vorhandensein in den AGB des Offerenten die Lösung aufgrund der Th.d.I.W. ausschliesst. Vgl. den soweit neuesten Entscheid des BGH in DB 1985 1686. Vgl. im weiteren den Überblick über die Rechtsprechung des BGH vorne in FN 181.

1.6. Einfluss von Abwehrklauseln auf einseitig geregelte AGB

291 Es ist die Frage zu beantworten, ob Abwehrklauseln als Widerspruch zu einseitig geregelten AGB zu verstehen sind⁴³⁸. Die Wirksamkeit einseitig geregelter Ergänzungsbestimmungen ist von dem durch Auslegung (nach dem Vertrauensprinzip) zu ermittelnden Willen des Klauselgegners abhängig⁴³⁹. Die Auslegung führt gewöhnlich dann zu einem positiven Resultat, wenn sich diese für den Klauselgegner günstig auswirken (vgl. das abstrakte Kriterium des Günstigkeitsprinzips N 276 f.). Währenddem der BGH im Rahmen dieser Auslegung einer Abwehrklausel grosses Gewicht beimisst⁴⁴⁰, schweigt sich die Lehre zur Bedeutung einer Abwehrklausel im Zusammenhang mit einseitig geregelten AGB aus⁴⁴¹.

292 Vom Bestand einer Abwehrklausel sollte die Geltung einseitig geregelter AGB nicht abhängen. Denn nach dem Vertrauensprinzip ist der Wille des Klauselgegners nicht anders zu interpretieren, ob nun der Verweis auf seine AGB eine Abwehrklausel beinhaltet oder nicht (N 289). Das ergibt sich aus zwei Überlegungen. Die eine basiert auf der Natur der Abwehrklauseln, die andere auf dem Verweis auf AGB als solchem. Zur ersten ist zu bemerken, dass den Abwehrklauseln keine besondere Bedeutung zukommt, werden sie doch meist gedankenlos, reflexmässig in die AGB aufgenommen, ohne dass eine wertende Überlegung dahintersteht (N 285 f.). Das zeigt sich auch dadurch, dass die Parteien bei Vertragsschluss i.d.R. keine weiteren Abklärungen zur Durchsetzung ihrer AGB unternehmen, denn zu diesem Zeitpunkt steht das Zustandekommen des Geschäftes im Vordergrund. Zur zweiten ist festzustellen, dass in jedem Verweis auf AGB auch stillschweigend eine Abwehrklausel mitinbegriffen ist (N 289), denn allein schon im Verweis auf die eigenen AGB ist die Ablehnung der gegnerischen enthalten.

Abschliessend ist festzuhalten, dass der Verwendung einer Abwehrklausel in Offerte oder Akzept in keinem der untersuchten Bereiche Bedeutung zukommt.

438 Vgl. N 267, 274 ff.

439 Vgl. im allgemeinen N 283, im besonderen N 268, 276 f.

So auch ein grosser Teil der Lehre in Deutschland: ULMER AGBG 2 N 104; WOLF/HORN/LINDACHER AGBG 2 N 79; ULMER/SCHMIDT JuS 1984 20 r.Sp.; STAUDINGER/SCHLOSSER AGBG 2 N 85; BGH DB 1985 1638 und die Kommentierung von DE LOUSANOFF dazu in NJW 1985 2923 f.

A.A. STRIEWE JuS 1982 20.

440 Vgl. die Darstellung der neuesten Praxis des BGH bei DE LOUSANOFF NJW 1985 2923 f. Nach dem BGH hängt die Wirksamkeit einseitig geregelter AGB mitunter davon ab, ob die Willenserklärung des Klauselgegners eine Abwehrklausel enthält.

441 Vgl. ULMER AGBG 2 N 104; WOLF/HORN/LINDACHER AGBG 2 N 79.

2. Bedeutung von Wirksamkeitsvorbehalten

- 293 Gegenstand der nachfolgenden Abklärungen ist der Einfluss von Wirksamkeitsvorbehalten auf die Vertragsgeltung und auf die AGB-Durchsetzung.

2.1. Form und Inhalt von Wirksamkeitsvorbehalten

- 294 Unter einem Wirksamkeitsvorbehalt ist der von einer Abwehrklausel unabhängige, nochmalige und individualisierte Widerspruch zu verstehen, mit welchem deutlich gemacht wird, keine gegnerischen AGB anzuerkennen⁴⁴². Der gesonderte, von der Abwehrklausel unabhängige Widerspruch kann etwa in Form eines zusätzlichen Schreibens oder einer mündlichen Mitteilung bestehen⁴⁴³.

2.2. Auslegung nach dem Vertrauensprinzip

- 295 Es ist auf die entsprechenden Ausführungen bei der Behandlung der Abwehrklausel zu verweisen (N 283). Die Interpretation nach dem Vertrauensprinzip hat darüber Aufschluss zu geben, ob dem gesonderten Widerspruch gegen abweichende AGB Erheblichkeit zukommt.

2.3. Einfluss von Wirksamkeitsvorbehalten auf Vertragsgeltung und AGB-Durchsetzung

- 296 In der deutschen Lehre⁴⁴⁴ und Rechtsprechung⁴⁴⁵ sind zwei unterschiedliche Interpretationen der rechtlichen Folge von Wirksamkeitsvorbehalten anzutreffen. Nach Ulmer⁴⁴⁴ kommt, sofern ein Wirksamkeitsvorbehalt zu bejahen ist, der Vertrag wegen des Partialdissenses bezüglich der AGB-Geltungsfrage nicht zustande⁴⁴⁶. Auf die Bedeutung der Vertragsdurchführung trotz eines Wirksamkeitsvorbehalts geht Ulmer jedoch nicht ein. Es wird lediglich festgestellt, dass bei Unterwerfung der Gegenpartei unter den Wirksamkeitsvorbehalt bzw. unter

442 Vgl. ULMER AGBG 2 N 99, 96; VON WESTPHALEN DB 1976 1319 r.Sp.; BGH BGHZ 61 1973 287 f.; OLG Köln DB 1980 925 I.Sp.

443 Vgl. dazu OLG Köln 1980 925 I.Sp.

Vom Wirksamkeitsvorbehalt ist aber die Form der Verweisung auf AGB zu unterscheiden, die individuell oder formularmässig erfolgen kann, vgl. N 135 ff.

444 Dazu einzig ULMER AGBG 2 N 99 und VON WESTPHALEN DB 1976 1319 r.Sp.; Andeutung bei SCHLECHTRIEM Fs. 77.

445 OLG Köln DB 1980 925 (= AGBGE 1980 Nr. 9 = BB 1980 1237 = WM 1980 905), kommentiert bei DE LOUSANOFF NJW 1982 1730.

446 Die Auslegungsregel für Fälle des offenen Partialdissenses in BGB 154 I, die anders als diejenige in OR 2 I für Totaldissens spricht, wird durch das Vorhandensein eines Wirksamkeitsvorbehalts nicht widerlegt, sondern vielmehr bestätigt (vgl. dazu auch N 121).

die AGB der Vertrag nach BGB 150 II zustande kommen könne. Eine andere Interpretation erfährt der Wirksamkeitsvorbehalt in einem Urteil des OLG Köln⁴⁴⁵. Nach jener Auffassung ist es unerheblich, ob den AGB der Gegenpartei gesondert mit einem Wirksamkeitsvorbehalt widersprochen wird⁴⁴⁷. Begründet wird dies damit, dass sich andernfalls das Problem nur verlagern würde, indem die Kontrahenten sich darauf einstellen und sich mit Wirksamkeitsvorbehalten anstelle der anerkannt wirkungslosen Abwehrklauseln behelfen würden.

- 297 Beide Lösungsvorschläge enthalten richtige Ansätze, es ist aber zu differenzieren, indem weitere Umstände miteinzubeziehen sind⁴⁴⁸. Dabei kommt der Vertragsdurchführung entscheidende Bedeutung zu. Ist es noch nicht zur Vertragsdurchführung gekommen, so ist die Lösung in Anwendung von OR 2 I zu suchen. Bezüglich der AGB-Geltungsfrage besteht Partialdissens in subjektiv wesentlichen Punkten. Die vertrauenstheoretische Interpretation des Wirksamkeitsvorbehalts, sei dieser vom Offerenten oder Akzeptanten statuiert worden, führt zum Schluss, dass für die betreffende Partei die Durchsetzung der eigenen AGB "conditio sine qua non" für das Zustandekommen des Vertrages ist. Diesfalls deutet die Gesamtheit der Umstände erkennbarerweise darauf hin, dass aufgrund der AGB-Kollision dem Verwender des Wirksamkeitsvorbehalts der Abschlusswille fehlt. (Zu den unterschiedlichen rechtlichen Konstruktionen vgl. N 169 ff.) Anders sind die Umstände zu interpretieren, wenn der Leistungsaustausch trotz der Kollision erfolgt⁴⁴⁹. Dies kann nur als nachträgliche Aufgabe des Wirksamkeitsvorbehalts gewertet werden, denn mit der Leistungserbringung trotz der AGB-Kollision zeigt der Verwender des Wirksamkeitsvorbehalts, dass der geschäftlichen Abwicklung nunmehr Vorrang vor der Durchsetzung der eigenen AGB zukommt⁴⁵⁰. Die Vertragsabwicklung ist auch nicht als Unterwerfung unter die mit einem Wirksamkeitsvorbehalt versehenen AGB zu verstehen, da die Gegenpartei mit dem Verweis auf ihre AGB konkludent zu erkennen gegeben hat, dass auch sie entgegengesetzte Bedingungen ablehnt. Ferner wäre stossend, nur der einen Partei die nachteiligen Folgen einer mangelnden Klarstellung aufzubürden (vgl. N 108).

447 Bestätigend hierzu ULMER AGBG 2 FN 190: "... für die Unerheblichkeit selbst individueller Abwehrklärungen OLG Köln ..."

448 Vgl. auch die diesbez. Ausführungen bei der Besprechung der These der Vertragsgeltung trotz AGB-Kollision N 129 ff.

449 Zur Bedeutung der Vertragsabwicklung im allgemeinen vgl. KRAMER 154 N 1, 7; LINDACHER JZ 1977 605: "Leistungserbringung und -annahme erlauben im Verein mit anderen Umständen (...) den Schluss, dass sich die Beteiligten trotz Dissens in der AGB-Geltungsfrage vertraglich gebunden erachten; ..."

450 So auch das OLG Köln DB 1980 925. Vgl. auch N 110 ff.

A.A. der BGH, der die Leistungsabnahme BGH bei Vorhandensein eines Wirksamkeitsvorbehalts in der modifizierten Auftragsbestätigung als Unterwerfung unter die AGB des Bestätigenden interpretiert. In diesem Bereich ist der BGH immer noch der Th.d.I.W. verhaftet. Vgl. dazu BGHZ 61 1973 287 f. und DB 1985 1686. Vgl. im weiteren den Überblick über die Rechtsprechung des BGH in FN 181.

Ebenso wie der BGH VON WESTPHALEN DB 1976 1319 r.Sp.; RAISER 242.

- 298 Das Schweigen des Erstofferenten auf eine mit einem Wirksamkeitsvorbehalt versehene modifizierte Auftragsbestätigung ist weder vor noch nach Vertragsdurchführung als Zustimmung zu interpretieren. Auch im umgekehrten Fall, in welchem die Offerte einen Wirksamkeitsvorbehalt enthält, nicht aber die modifizierte Auftragsbestätigung, bewirkt der Vorbehalt nicht die Durchsetzung der AGB. Der Akzeptant gibt seinerseits mit dem Verweis auf die eigenen AGB zu erkennen, dass er diese zur Geltung bringen will und anderslautende AGB ablehnt; dies aufgrund der jedem AGB-Verweis stillschweigend innewohnenden Abwehrklausel (N 289).
- 299 Zusammengefasst ergibt sich, dass der Wirksamkeitsvorbehalt, sei er Bestandteil der Offerte oder des Akzeptes, nur Wirkung zeigt, sofern es nicht zur Vertragsabwicklung kommt. Dies gilt in Fallsituationen des offenen wie auch des versteckten Dissenses.

3. Unterwerfung

- 300 Nach der grundsätzlichen Lösung der “battle of the forms” im Basisfall 2 kommt der Vertrag ohne Einbezug der AGB der einen oder der anderen Partei zustande (N 215 ff.). Daneben kann es jedoch in besonders gelagerten Einzelfällen vorkommen, dass sich eine Partei – unter Fallenlassen der eigenen Bedingungen – ausdrücklich oder konkludent, aber stets unmissverständlich, den gegnerischen AGB unterwirft⁴⁵¹. Eine Unterwerfung unter die gegnerischen AGB kann grundsätzlich aus zwei Beweggründen erfolgen (vgl. N 132). Zum einen kann eine der Parteien faktisch gezwungen sein, sich den gegnerischen AGB zu unterwerfen, da der Vertragsgegner ausschliesslich zu den eigenen Bedingungen kontrahiert⁴⁵². Zum andern können geschäftspolitische Gründe die eine Partei bewegen, um die gegenseitig einvernehmlichen Geschäftsbeziehungen nicht zu gefährden, sich den gegnerischen AGB zu unterwerfen⁴⁵³.

451 Vgl. KRAMER OR 1 N 160; SCHLECHTRIEM Fs. 77; STRIEWE JuS 1982 731 I.Sp.; ULMER AGBG 2 N 99; WOLF/HORN/LINDACHER AGBG 2 N 76; KRAMER BGB 150 N 9; OLG Hamm AGBGE 1983 96; OLG Köln DB 1980 925; BGH BGHZ 61 1973 287 f.; BGH DB 1977 1312.

452 Dies kann z.B. in einem Wirksamkeitsvorbehalt zum Ausdruck kommen, vgl. ULMER AGBG 2 N 99; WOLF/HORN/LINDACHER AGBG 2 N 76. Vgl. FORSTMOSER (1) 32: Der Kunde befindet sich in einer “Take-it-or-leave-it”-Position. Dabei haben die AGB faktisch gesetzegleiche Wirkung, vgl. N 9. Nachfragen in Schweizer Wirtschaftskreisen haben u.a. ergeben, dass gewisse marktstarke Unternehmungen ausschliesslich zu den eigenen AGB kontrahieren, so dass den Vertragspartnern nur der Verzicht oder die Unterwerfung bleibt. Dies ist mitunter ein Grund dafür, dass das “battle of the forms”-Problem kaum je richterlich beurteilt wurde. Vgl. auch N 315 ff.

453 Dazu ein Beispiel in BGH JZ 1977 603 r.Sp.

- 301 Wenn Kramer⁴⁵⁴ die konkludente Unterwerfung erwähnt, ohne jedoch hierfür ein Beispiel zu geben, so kann eine solche nicht allein schon im Umstand der widerspruchsslosen Entgegennahme der Ware und schon gar nicht im Schweigen der Gegenpartei erblickt werden. Zu einer solchen Interpretation der Vertragsabwicklung würde einzig die Anwendung der Th.d.I.W. aufgrund des Grundsatzes von BGB 150 II führen (vgl. N 101 f.). Auch beim Bestand eines Wirksamkeitsvorbehalts in den Vertragserklärungen einer Partei ist in der Vertragsdurchführung nicht die Unterwerfung unter die betreffenden AGB zu sehen (N 297). An die Umstände, die nach dem Vertrauensprinzip⁴⁵⁵ das Verhalten des Vertragspartners als konkludente Unterwerfung unter die gegnerischen AGB erscheinen lassen, sind hohe Anforderungen zu stellen.
- 302 Was den Zeitpunkt des Zustandekommens des Vertrages betrifft, so ist zwischen zwei Situationen zu unterscheiden, die rechtlich unterschiedlich zu werten sind. Grundsätzlich kommt der Vertrag mit der modifizierten Auftragsbestätigung aufgrund der Konsensvermutung von OR 2 I zustande. Enthält aber die Vertragserklärung einer Partei einen Wirksamkeitsvorbehalt, so bringt dieser die subjektive Essentialität der Durchsetzung der betreffenden AGB zum Ausdruck. Diesfalls kann die Konsensvermutung von OR 2 I entkräftet werden; die Gesamtheit der Umstände deutet erkennbarerweise nicht auf den Abschlusswillen des Verwenders des Wirksamkeitsvorbehalts hin (zu den unterschiedlichen rechtlichen Konstruktionen vgl. N 169 ff.). Der Vertrag kommt demnach erst mit der Unterwerfung seitens der Gegenpartei nach dem Grundsatz von BGB 150 II zustande, ausser der Wirksamkeitsvorbehalt sei durch den gegenseitigen Leistungsaustausch konkludent widerrufen worden.

4. Bedeutung früherer Vertragsschlüsse (vgl. detailliert hierzu § 18)

- 303 Die Modalitäten früherer Vertragsschlüsse können allenfalls Aufschluss darüber geben, ob ein bestimmtes Verhalten einer Partei als konkludente Unterwerfung unter die gegnerischen AGB zu interpretieren sei. Sind z.B. bei allen früheren Vertragsschlüssen, trotz erfolgter AGB-Kollision, bei Leistungsstörungen stets die Gewährleistungsbedingungen des Akzeptanten zum Tragen gekommen, so ist darin unter Umständen eine Unterwerfung zu sehen. Dabei bleibt aber abzuklären, ob eine solche sich lediglich auf die Gewährleistungsbedingungen oder auf die gegnerischen AGB insgesamt bezieht. Auf eine gesamthafte Unterwerfung unter gegnerische AGB liesse sich dann etwa schliessen, wenn im Rahmen früherer Vertragsabschlüsse immer wieder verschiedene Bestimmungen der gegnerischen AGB massgeblich waren.

454 KRAMER OR 1 N 160; KRAMER BGB 150 N 9.

455 Vgl. S/J OR 1 N 195; KRAMER OR 1 N 37; G/M/K 91; G/S/J N 197.

X. Schadenersatz in Fällen des versteckten Dissenses

- 304 Im allgemeinen führt die Kollision widersprüchlicher AGB nicht zu Totaldissens. In einzelnen Fällen jedoch kann es vorkommen, dass der Vertrag an der AGB-Kollision scheitert, da der Einbezug der eigenen Bedingungen mindestens für eine Partei erkennbarerweise unabdingbare Voraussetzung für dessen Zustandekommen ist. Diese “*conditio sine qua non*” spiegelt sich v.a. in einem Wirksamkeitsvorbehalt wider (N 297).
- 305 Grundsätzlich haben beide Parteien den Schaden aus dem Nichtzustandekommen des Vertrages selbst zu tragen⁴⁵⁶. In Fallsituationen des versteckten Dissenses ist beiden Parteien gleichermassen das Scheitern des Vertrages zum Vorwurf zu machen. Beide Parteien hätten den Dissens erkennen können und müssen; das Verhalten beider ist als objektiv unsorgfältig zu qualifizieren. Ist jedoch das Verhalten einer Partei als objektiv sorgfältig zu charakterisieren und erscheint demnach ihr Vertrauen auf den betreffenden Vertragssinn als schützenswert, so ist der Vertrag in der Folge nicht wegen Totaldissenses gescheitert, sondern aufgrund normativen Konsenses zustande gekommen (vgl. N 245 ff.)⁴⁵⁷.
- 306 Für die seltenen Fallsituationen, in denen die AGB-Kollision zu Totaldissens führt, ist diese grundsätzliche Lösung sachgerecht. Ausser in abstrakt nicht definierbaren Ausnahmefällen, in denen eine Partei auf ihr Konsensbewusstsein – auf die Geltung ihrer AGB im Vertrag – vertrauen darf, wird immer beide Parteien eine Unsorgfalt treffen, da beide objektiv die Möglichkeit haben, die Kollision zu ersehen und zu klären. Das bedeutet bei Totaldissens aufgrund der AGB-Kollision, dass jede Partei den eigenen Schaden zu tragen hat.
- 307 Diese grundsätzliche Lösung erfährt bei Schönenberger/Jäggi⁴⁵⁸ noch eine Differenzierung, indem den Folgetatsachen, der Schadenshöhe der Parteien, Rechnung getragen wird. Erleiden die Parteien bei identischer Unsorgfalt stark unterschiedliche Schäden, so wird vorgeschlagen, die bestehende Ungleichheit durch ausgleichende Ersatzleistungen zu beseitigen. In den allerdings raren Fällen des Totaldissenses kann es durchaus vorkommen, dass das Scheitern des Vertrages eine Partei ungleich härter trifft, da z.B. der Verkaufsgegenstand speziell auf den einen Käufer zugeschnitten ist⁴⁵⁹ oder der Käufer aufgrund der unterbliebenen Lieferung Produktionsausfälle hinnehmen muss.
- 308 In Fallsituationen der “battle of the forms” steht jedoch zur Milderung des Schadens stets auch die Unterwerfung unter die gegnerischen AGB offen (N 300 ff.). Jede Partei wird die Rechnung machen, welche Variante für sie günstiger ausfällt, der Totaldissens oder die Unterwerfung unter die gegnerischen AGB. Eine weitere Option in Fällen des Totaldissenses hat der Verwender eines

456 So die h.L.: S/J OR 1 N 365; KRAMER OR 1 N 162; BUCHER 125.

457 Vgl. S/J OR 1 N 366 i.V.m. N 362; KRAMER OR 1 N 162; KRAMER BGB 155 N 13; FLUME 626.

458 S/J OR 1 N 393.

459 Vgl. ein Bsp. bei S/J OR 1 N 393: Der Verkäufer hat sich mit einer anderweitig nicht verkäuflichen Ware eingedeckt, um liefern zu können.

Wirksamkeitsvorbehalts. Vor Realabwicklung der Vertragsleistungen ist in derartigen Fällen das Rechtsgeschäft noch nicht zustande gekommen; es herrscht Totaldissens (N 297). Um den Vertrag nachträglich dennoch in Geltung zu setzen, kann der Verwender des Wirksamkeitsvorbehalts Hand zur Vertragsabwicklung bieten. Damit gibt er konkludent zu verstehen, dass er nicht mehr am Wirksamkeitsvorbehalt und mithin am Vorrang seiner Bedingungen festhält. Der Vertrag kommt ohne AGB unter Lückenfüllung durch das dispositive Recht zustande. Die Gegenpartei kann sich nun nicht dem Vertrag entgegenstellen, denn die Vermutung von OR 2 I vermag i.d.R. nicht entkräftet zu werden (vgl. N 224), es sei denn, die Gegenpartei habe ihrerseits einen Wirksamkeitsvorbehalt in ihre Erklärungen aufgenommen.

XI. Zusammenfassung der Lösungen der “battle of the forms” bei Vertragsabschluss

1. Grundsatz

- 309 Der AGB-Kollision können grundsätzlich drei unterschiedliche Reaktionen der Parteien nachfolgen, die zu drei unterschiedlichen rechtlichen Beurteilungen führen. Das Resultat dieser Beurteilungen wird in den meisten Fällen, trotz der erwähnten Unterschiede, im Zustandekommen des Vertrages bestehen. Die Ausgangslage aller drei Sachverhalte ist identisch, indem in der ersten Phase aufgrund der modifizierten Auftragsbestätigung stets Partialdissens bezüglich der AGB-Geltungsfrage besteht, sei dieser zur Zeit des Vertragsschlusses offensichtlich (offener Partialdissens) oder sei dieser unentdeckt (versteckter Partialdissens). In einer darauffolgenden zweiten Phase kommt es dann zu unterschiedlichen Reaktionen der Parteien.
- 310 Eine Reaktion kann in der übereinstimmenden Konsensbekundung bezüglich des blossen Zustandekommens des Vertrages bestehen. Diese Konsensbekundung kann entweder ausdrücklich oder konkludent durch Vertragsabwicklung erfolgen. Im Rahmen der AGB-Kollision kommt es zum sogenannten Reinen Auslegungstreit, der letztlich dazu führt, dass weder die AGB der einen noch der anderen Partei dem Vertragsverhältnis zugrunde gelegt werden, sondern dass die entstandene Lücke durch die entsprechenden Bestimmungen des dispositiven Rechts ergänzt wird.
- 311 Eine andere Reaktion kann darin bestehen, dass eine Partei aufgrund des Partialdissenses in der AGB-Geltungsfrage das Zustandekommen des Vertrages mit der Begründung negiert, die Inkorporation der eigenen AGB sei für sie “*conditio sine qua non*” für einen gültigen Vertragsschluss. Auf diese Reaktion kommt die Konsensvermutung von OR 2 I zur Anwendung, unabhängig davon, ob die Ausgangslage in einem offenen oder versteckten Partialdissens bestanden

hat. Nur wenn die vertrauensrechtliche Interpretation der Erklärungshandlungen der vertragsverneinenden Partei die Durchsetzung ihrer AGB als objektiv erkennbare „*conditio sine qua non*“ erscheinen lässt, muss der Vertrag als gescheitert betrachtet werden. Ausser in Fällen, in denen ein Wirksamkeitsvorbehalt geltend gemacht wird, wird diese Interpretation kaum je zur Verneinung des Vertrages führen. In Fallkonstellationen mit der Ausgangslage des offenen Partialdissenses kommt der Vertragsdurchführung erhebliche Indizwirkung zugunsten der Vertragsgeltung zu. Diese kann einmal i.S. einer konkludenten Willenserklärung darauf hindeuten, dass die Parteien nunmehr am Vertrag festhalten. Zumindest aber ist in der Vertragsdurchführung ein Hinweis dafür zu sehen, dass die Inkorporation der AGB für keine der Parteien unabdingbare Voraussetzung für die Vertragsgeltung ist. In Fallkonstellationen des versteckten Dissenses spricht die nachlässige Haltung der Parteien bezüglich der AGB-Geltungsfrage – die unterlassene Klärung trotz objektiver Erkennbarkeit – dafür, dass die Durchsetzung der AGB nicht unabdingbare Voraussetzung für die Vertragsgeltung ist. Der Vertrag kommt demnach auch bei dieser Reaktion auf die AGB-Kollision ohne die Bedingungen der einen oder anderen Partei unter Lückenfüllung durch das dispositive Recht zustande.

- 312 Eine dritte Reaktion auf die AGB-Kollision ist die Unterwerfung der einen Partei unter die AGB der Gegenpartei, unter Fallenlassen der eigenen Bedingungen. Einzig diese Reaktion auf eine AGB-Kollision führt dazu, dass die Bedingungen einer Partei dem Vertrag inkorporiert werden.

2. Folgen

- 313 Die Inkorporation von AGB ist grundsätzlich nur möglich, wenn sich eine Partei den Bedingungen der Gegenpartei unterwirft; ansonsten bestimmt das dispositive Gesetzesrecht den Inhalt des Vertrages im Rahmen der Kollision. Die Aufnahme eines Wirksamkeitsvorbehalts führt lediglich dazu, dass dem Verwender vor Vertragsabwicklung die Möglichkeit verbleibt, sich einem Zustandekommen des Vertrages erfolgreich entgegenzusetzen. Diese grundsätzliche Lösung der „battle of the forms“ infolge einer modifizierten Auftragsbestätigung führt dazu, dass die Vertragsparteien Individualvereinbarungen zu treffen haben, wenn sie nicht wollen, dass die gesetzlichen Regelungen zum Zuge kommen. Die hier vertretenen Lösungsvorschläge bewirken eine gewisse Entwertung der AGB, da sie sich in diesen Bereichen nicht mehr durchsetzen lassen.

3. Rechtswirklichkeit

- 314 Die gesetzliche Regelung ist nicht unbedingt als Nachteil zu betrachten, bietet sie doch in den meisten Fällen eine interessengerechte Lösung. Um der Gefahr einer AGB-Kollision und der damit verbundenen unsicheren Rechtslage zu entgehen, empfiehlt es sich, von vornherein auf die gesetzlichen Bestimmungen abzustellen oder, wenn diese im Einzelfall nicht sachgerecht sind, Individualvereinbarungen zu treffen.
- 315 Das Problem der "battle of the forms" ist in der Schweiz nur in einem einzigen Fall, soweit ersichtlich, Gegenstand eines gerichtlichen Urteils gewesen (HGer SG GVP 1977 31). Dies lässt sich massgeblich durch vier Gründe erklären⁴⁶⁰.
- 316 In der Schweiz besteht eine grosse Anzahl von Verbandsbedingungen⁴⁶¹, die den Rechtsgeschäften Verbandsangehöriger und Branchenangehöriger zugrunde gelegt werden.
- 317 In Kenntnis der Gefahr einer AGB-Kollision erklären zahlreiche Kontrahenten von vornherein die massgeblichen Bestimmungen des Obligationenrechts für anwendbar⁴⁶².
- 318 Mit zahlreichen marktstarken Unternehmungen ist es nur möglich, zu deren AGB zu kontrahieren.
- 319 Sollte es trotzdem zu einer AGB-Kollision kommen, muss diese nicht unbedingt zu einem Rechtsstreit führen. Betreffen die Bedingungen Vertragsverletzungen, wie z.B. die Nicht- oder Schlechterfüllung oder auch den Gerichtsstand, so kommen diese nur zum Tragen, wenn die betreffenden Vertragsstörungen eintreten. Bei Bedingungen, die die Erfüllungsmodalitäten betreffen, wie z.B. Erfüllungsort, Erfüllungszeit und Transportkosten, wird es bei einer Kollision stets zu Auseinandersetzungen kommen, die aber in der Folge keineswegs immer in ein gerichtliches Verfahren münden müssen. I.d.R. wird ein solches Verfahren vermieden, da kaufmännisch tätige Parteien oft in längerfristigen Geschäfts-

460 Diese Angaben stützen sich auf Auskünfte der Rechtsabteilungen von Unternehmungen in der Schweiz. Nähere Angaben zu den Geschäftspraktiken im Zusammenhang mit den AGB lassen sich aus Gründen der Diskretion nicht machen. Diese steht auch einer detaillierten Quellenangabe im Wege.

461 Vgl. die SIA-Normen, die Allgemeinen Lieferbedingungen des VSM (Verein Schweizerischer Maschinen-Industrieller) und die Empfehlungen der SGCI (Schweizerische Gesellschaft für Chemische Industrie).

462 Der Verweis auf dispositives Gesetzesrecht ist in der Schweiz u.a. im Chemikalienhandel anzutreffen. Diesem Verweis wird oftmals eine Abwehrklausel beigelegt: "Dieser Verkauf untersteht den anwendbaren Bestimmungen des Schweizerischen Obligationenrechts. Anderslautende Bedingungen sind ungültig." Mit einem solchen Verweis in Form eines Stempels werden sowohl Bestellschreiben wie auch Auftragsbestätigungen versehen. Derartige Auftragsbestätigungen mit Stempel erfolgen teilweise direkt auf dem Formular des Bestellers, der darauf auf seine Einkaufsbedingungen verweist. Daneben werden auch modifizierte Auftragsbestätigungen, die die eigenen AGB enthalten, mit einem solchen Stempel versehen. In Empfehlungen der SGCI wird den Mitgliedern nahegelegt, aufgrund der Bestimmungen des OR zu kontrahieren. So wird beispielsweise empfohlen, die Gewährleistung nach OR 201 zu regeln.

beziehungen miteinander stehen, die sie nicht dadurch zu gefährden beabsichtigen. Die Kollision wird viel eher durch aussergerichtliche Vergleiche, Kompromisse oder Unterwerfung unter die Bedingungen einer Partei beseitigt.

§ 10 Zum Postulat der Gleichbehandlung von kaufmännischen Bestätigungsschreiben und modifizierten Auftragsbestätigungen

I. Postulat und Fragestellung

- 320 In der deutschen Lehre wird mancherorts die Forderung erhoben, kaufmännische Bestätigungsschreiben und modifizierte Auftragsbestätigungen seien rechtlich gleich zu behandeln⁴⁶³. Um zu dieser Forderung Stellung zu nehmen, sind die beiden unterschiedlichen Rechtsinstitute auf Bereiche hin zu untersuchen, in welchen eine rechtliche Gleichbehandlung in Frage kommt. Das kaufmännische Bestätigungsschreiben folgt auf einen zustande gekommenen Vertrag und ist als Offerte zur Vertragsänderung in Form einer Zweitofferte zu verstehen. Schweigt der Empfänger auf diese Zweitofferte oder widerspricht er ihr nur teilweise mittels gegensätzlichen Bestätigungsschreibens⁴⁶⁴, so stellt sich die Frage, ob und inwieweit sein Schweigen als Annahme zu interpretieren ist. Die modifizierte Auftragsbestätigung folgt auf eine Offerte und ist als Akzept, verbunden mit einer Zweitofferte, im Bereich der Abweichung von der Erstofferte zu verstehen. Die Frage, inwiefern Schweigen auf die abweichende partielle Zweitofferte als Annahme zu werten ist, stellt sich einzig im Bereich der einseitig geregelten AGB (vgl. N 276 ff.). Bezüglich der beidseitig geregelten AGB besteht entweder Übereinstimmung oder Widerspruch aufgrund gegensätzlicher Klauseln.
- 321 In beiden Fallsituationen stellt sich demnach dieselbe Frage: Unter welchen Voraussetzungen kommt dem Schweigen auf die Zweitofferte konstitutiv (rechtserzeugende) Wirkung zu? Bei diesem grundsätzlichen Vergleich ist nicht entscheidend, ob der Widerspruch, der die abweichende Zweitofferte hervorruft, in einer AGB-Kollision oder in einer Kollision individueller Klauseln besteht. (In beweisrechtlicher Hinsicht bestehen jedoch Unterschiede zwischen diesen beiden Bestätigungen, vgl. FN 113.)

II. Vergleich der Lösungen nach Schweizer Recht

- 322 Die Lösungen beider Fallsituationen beruhen auf vertrauenstheoretischen Überlegungen. Dies ergibt sich aus den bisherigen Ausführungen⁴⁶⁵. Modifiziert die Zweitofferte den bereits zustande gekommenen Vertrag (Fallsituation Bestätigungsschreiben) oder die Erstofferte (Fallsituation Auftragsbestätigung), so darf

463 KRAMER BGB 151 N 23; SCHLECHTRIEM Fs. 80; THAMM BB 1964 911; HABER-KORN MRD 1968 1101 Sp.; vgl. auch KRAMER SJZ 1985 19.

464 Zum beidseitigen Verweis auf AGB durch kaufmännische Bestätigungsschreiben vgl. § 16.

465 Vgl. N 72 f., 272 ff.

der Bestätigende das Schweigen des Vertragsgegners nicht ohne weiteres als Zustimmung zu seinem Änderungsangebot in allen Punkten interpretieren. In Fallsituationen des Bestätigungsschreibens sind die Modifikationen mit dem Inhalt des bereits bestehenden Vertrages und den entsprechenden Normen des dispositiven Rechtes zu vergleichen. In Fallsituationen der Auftragsbestätigung sind die Modifikationen mit dem Inhalt der Offerte und den entsprechenden Normen des dispositiven Rechtes zu vergleichen. Ergeben diese Vergleiche, dass die Modifikationen zu einer Schlechterstellung des Empfängers führen würden, so kommt dessen Schweigen keine rechtserzeugende Wirkung zu. Der Absender darf aufgrund der Interpretation des Schweigens nach dem Vertrauensprinzip nicht annehmen, der Empfänger stimme seinen Änderungsvorschlägen stillschweigend zu⁴⁶⁶.

- 323 In beiden Fallsituationen sind nur die den bestehenden Vertrag oder die Offerte ergänzenden Bestimmungen einer stillschweigenden Annahme durch den Empfänger zugänglich⁴⁶⁷. Die Formel der Berücksichtigung erkennbarer Empfängerinteressen (bzw. der Vergleich mit dem anwendbaren dispositiven Recht) beim Bestätigungsschreiben und die Formel des Günstigkeitsprinzips bei der Auftragsbestätigung stellen beide Konkretisierungen des Vertrauensprinzips dar und beinhalten grundsätzlich den gleichen Massstab zur Beurteilung der Konstitutivwirkung von Schweigen auf ergänzende Bestimmungen. Nur Ergänzungen, die sich für den Empfänger günstig auswirken bzw. seinen Interessen entsprechen – verglichen mit dem anwendbaren dispositiven Recht oder mit den bestehenden Individualvereinbarungen (vgl. N 277) –, sind einer stillschweigenden Annahme zugänglich. Beim kaufmännischen Bestätigungsschreiben und bei der modifizierten Auftragsbestätigung handelt es sich zwar um zwei unterschiedliche rechtliche Figuren⁴⁶⁸, die aber, was die Konstitutivwirkung anbelangt, aufgrund der Anwendung des Vertrauensprinzips analog behandelt werden. In beiden Fallsituationen kann die bestätigende Vertragspartei nicht ohne weiteres damit rechnen, dass die nicht ausdrücklich widersprechende Vertragspartei mit den Änderungen einverstanden ist. Es ist in beiden Situationen an der bestätigenden Partei, will sie Vertrag oder Offerte modifizieren, klarstellend dafür Sorge zu tragen⁴⁶⁹.

466 Vgl. im allgemeinen S/J OR 1 N 195; KRAMER OR 1 N 37; G/M/K 91; BUCHER 104; G/S/J N 197.

467 Vgl. N 72 f., 276 f.

468 Vgl. S/J OR 6 N 70 f.; SCHMIDLIN OR 6 N 120; SCHMIDT-SALZER (1) D. 60; BGH BGHZ 61 1973 285 f.

469 Zum kaufmännischen Bestätigungsschreiben vgl. N 75. Zur modifizierten Auftragsbestätigung vgl. N 109; SCHMIDT-SALZER (1) D. 72; BGH DB 1985 1687; OLG Köln DB 1980 924; BGH JZ 1977 603; BGH BGHZ 61 1973 287 f.

III. Vertrauenssituation und Vertragsabschluss

- 324 Bei den vorhergehenden Ausführungen wurde festgestellt, dass in den beiden unterschiedlichen Fallsituationen das Vertrauensprinzip als Massstab der Konstitutivwirkung von Ergänzungen grundsätzlich zu gleichen Resultaten führt. Es ist nun zu untersuchen, ob sich bei der vertrauensrechtlichen Interpretation des Schweigens der einen Partei auf die Ergänzung gewisse Differenzierungen zwischen den beiden Fallsituationen aufdrängen. Ist die zwischen den Parteien bestehende Vertrauenssituation vor Vertragsschluss (Fallsituation Auftragsbestätigung) und diejenige nach Vertragsschluss (Fallsituation Bestätigungsschreiben) vollkommen identisch oder bestehen gewisse Unterschiede?
- 325 Ein Teil der deutschen Lehre⁴⁷⁰ und mit ihr auch der BGH⁴⁷¹ messen den Vertrauenssituationen, die den beiden Fallsituationen zugrunde liegen, unterschiedliche Bedeutung zu. Dabei kommt dem Vertragsschluss zentrale Bedeutung i.d.S. zu, als dass dieser ein Vertrauensverhältnis begründet, das dem Bestätigenden viel eher erlaubt, im Schweigen der Gegenpartei Zustimmung zu den Modifikationen zu ersehen⁴⁷². Demgegenüber geht ein anderer Teil der Lehre⁴⁷³ zwar auch von dem durch Vertragsschluss begründeten Vertrauensverhältnis aus, misst diesem aber eine diametral verschiedene Bedeutung zu. Nach dieser Lehrmeinung bewirkt gerade das Vertrauensverhältnis, dass der Empfänger nicht mit einer Abweichung im Bestätigungsschreiben zu rechnen braucht und dass eine solche gerade wegen des durch Vertragsschluss bewirkten Vertrauensverhältnisses für ihn um so überraschender sein wird, überraschender sogar als die Abweichung in einer modifizierten Auftragsbestätigung. Dem ist einzig entgegenzuhalten, dass Abweichungen in Bestätigungsschreiben im kaufmännischen Verkehr ziemlich häufig vorkommen⁴⁷⁴.
- 326 Es ist nicht ersichtlich, weswegen der erfolgte Vertragsschluss bewirken soll, dass der Verwender im Schweigen des Empfängers auf das Bestätigungsschreiben eher Zustimmung zu Vertragsveränderungen erblicken darf. M.E. ist einzig auf die Interessenlage des Empfängers abzustellen. Dem Empfänger kann weder vor noch nach Vertragsschluss unterstellt werden, er sei mit Modifikationen einverstanden, die seinen Interessen zuwiderlaufen. An seiner Interessenlage ändert der Vertragsschluss nichts.

470 S/H HGB 346 N 137; SCHMIDT-SALZER (1) D. 80 und FN 179; SCHMIDT-SALZER (2) 597 31 und FN 108; KRAUSE BB 1952 997 III.

471 BGH BGHZ 61 1973 285 f.; BGH JZ 1977 603.

472 So ausdrücklich BGH BGHZ 61 1973 285 f.; KRAUSE BB 1952 997 III.

Nach SCHMIDT-SALZER a.a.O. ist in Fallsituationen des Bestätigungsschreibens die Abschlussfreiheit bereits ausgeübt worden, weshalb nun im Hinblick auf Modifikationen im Bestätigungsschreiben eine Widerspruchsbliegenheit besteht.

473 KRAMER BGB 151 N 23, v.a. FN 60, N 31; THAMM BB 1964 911; HABERKORN MRD 1968 110.

474 Vgl. etwa SCHMIDLIN OR 6 N 87 f.; BUCHER 122; G/M/K 98; S/H HGB 346 N 107; KRAMER BGB 151 N 27 f.; LINDACHER WM 1981 703 f.; BGH JZ 1971 135.

- 327 Der durch das Vertrauensprinzip gesetzte Massstab ist in beiden Fallsituationen identisch, indem jegliche Ergänzungen, die mindestens die Interessen des Empfängers nicht tangieren – sowohl vor wie auch nach Vertragsschluss –, bei Stillschweigen in Vertragsgeltung erwachsen. Das kaufmännische Bestätigungsschreiben und die modifizierte Auftragsbestätigung sind demnach, was deren Ergänzungsbestimmungen betrifft, gleich zu behandeln⁴⁷⁵.

IV. Bestätigungsschreiben oder Auftragsbestätigung

- 328 Theoretisch bereitet die Unterscheidung zwischen kaufmännischem Bestätigungsschreiben und modifizierter Auftragsbestätigung keinerlei Mühe. Problematischer allerdings ist es gelegentlich, die im Rechtsleben anzutreffenden Schreiben der einen oder der anderen Kategorie zuzuordnen⁴⁷⁶. So z.B. bereitet es Mühe, ein Schreiben einzuordnen, das nicht nur ein modifizierendes Akzept beinhaltet, sondern auch bestimmte Vertragspunkte festhält, über die unter Vorbehalt der Gesamteinigung Einigung erzielt wurde (BGH JZ 1977 603 = DB 1977 1312 = WM 1977 452). Dieser Einordnung kommt jedoch nach der hier vertretenen Ansicht keine grosse praktische Bedeutung zu, erfahren doch die Modifikationen in diesen beiden Schreiben dieselbe Regelung, indem diese nur in Vertragsgeltung erwachsen, wenn sie mindestens den Interessen des Empfängers gerecht werden.

V. Regelung in den USA

- 329 Die nachfolgenden Ausführungen stützen sich auf einen Aufsatz von Schlechtriem⁴⁷⁷ und sollen das Thema Bestätigungsschreiben oder Auftragsbestätigung i.S. einer Abrundung beschliessen.

Das Problem der "battle of the forms" beim Warenkauf erfährt in den USA im Uniform Commercial Code (UCC) § 2-207 eine detaillierte Regelung, die nicht zwischen Bestätigungsschreiben und Auftragsbestätigung unterscheidet.

- 330 Abs. 1: Die im Schreiben enthaltenen Modifikationen sind lediglich als Vorschläge zur Vertragsergänzung zu interpretieren, so dass der Vertrag zunächst zu den Bedingungen des Erstofferenten zustande kommt. Dies gilt nur dann nicht, wenn der Annehmende den Vertragsschluss von der Inkorporation seiner Bedingungen abhängig gemacht hat. Diesfalls scheitert der Vertragsschluss.

475 Auch für Gleichbehandlung, aber mit anderen Folgen: THAMM BB 1964 911; HABERKORN MRD 1968 110. Diese Autoren sprechen sich für eine weitgehende Widerspruchsobliegenheit in beiden Fallsituationen aus.

476 Bsp. bei THAMM BB 1964 911 und BGH JZ 1977 603.

477 SCHLECHTRIEM Fs. 72–75.

- 331 Abs. 2: Eine andere Regelung gilt für Kaufleute. Die Modifikationen werden unter gewissen Bedingungen zusätzlich Vertragsbestandteil:
- lit. (a): Die Offerte darf nicht ausdrücklich Annahme zu den in ihr enthaltenen Bedingungen verlangen;
 - lit. (b): Die neuen Bedingungen dürfen die Offerte nicht substantiell verändern;
 - lit. (c): Den neuen Bedingungen darf nicht widersprochen werden oder worden sein.
- 332 Abs. 3: Diese Bestimmungen greifen subsidiär ein, wenn aufgrund des Abs. 2 das Zustandekommen des Vertrags zu verneinen ist. Das Verhalten der Parteien – insbesondere die Vertragsabwicklung – kann die Mängel nach Abs. 2 überbrücken. Im Rahmen der Kollision kommt Gesetzesrecht zur Anwendung.
- 333 Die Maxime dieser Regelung ist offensichtlich das Zustandekommen des Vertrages. Nähere Betrachtung verdienen Abs. 2 und 3, die die Kollisionsproblematik zwischen Kaufleuten regeln, da regelmässig nur diese AGB besitzen und solche dem Vertrag zu inkorporieren versuchen. In der Folge werden die Bestimmungen des UCC § 2-207 mit den in dieser Arbeit vorgeschlagenen Lösungen der AGB-Kollision bei Vertragsschluss aufgrund des schweizerischen Rechtes verglichen.
- 334 Nach Abs. 2 lit. (a) kommt ein Vertrag nicht zustande, wenn entweder die Offerte oder das Akzept mindestens eine Abwehrklausel, wenn nicht sogar einen Wirksamkeitsvorbehalt enthält und die Gegenpartei auf die eigenen Bedingungen verweist. Dasselbe gilt auch, wenn beide Parteien eine Abwehrklausel oder einen Wirksamkeitsvorbehalt verwenden. Anders als nach Schweizer Recht kommt hier der Verwendung einer Abwehrklausel Bedeutung zu (vgl. N 284). Diese starre Regelung trägt den konkreten Umständen keine Rechnung, wie dies nach OR 2 I möglich ist, indem der Partialdissens – die AGB-Kollision – nur dann zum Totaldissens führt, wenn die vertrauentheoretische Interpretation der Erklärungen der vertragsverneinenden Partei ergibt, dass die Durchsetzung ihrer AGB erkennbarerweise unabdingbare Voraussetzung für das Zustandekommen des Vertrages ist. Die Aufnahme einer Abwehrklausel führt kaum je dazu, die Durchsetzung der AGB als „*conditio sine qua non*“ der Vertragsgeltung zu interpretieren, wird sie doch von den meisten Parteien reflexmässig bei allen Vertragsschlüssen verwendet, ohne dass im einzelnen eine wertende Überlegung dahintersteht, die tatsächlich der Durchsetzung der eigenen AGB Vorrang vor der Vertragsgeltung einräumt. Deshalb muss der Empfänger der Abwehrklausel daraus nicht den Schluss ziehen, dem Verwender gehe in jedem Fall die Durchsetzung der eigenen AGB vor. Die Erfahrung lehrt vielmehr, dass die Parteien den Vertragsschluss grundsätzlich nicht am Partialdissens bezüglich der AGB-Geltungsfrage scheitern lassen wollen. Abs. 2 lit. (a) ist eine starre Regelung für den Partialdissens, die bei Verwendung von Abwehrklauseln das Zustandekommen des Vertrages verneint. Das Schweizer Recht bietet mit OR 2 I im Bereich des Partialdissenses eine flexiblere und sachgerechtere Lösung an.

Dieser ersten Phase des Partialdissenses kann (muss aber nicht) eine zweite Phase nachfolgen, in der die Parteien übereinstimmend Konsens bekunden. Auf solche Fallkonstellationen bezieht sich Abs. 3, der der Vertragsdurchführung – und i.S. einer Generalklausel weiteren schlüssigen Umständen – Konsensbekundung unterstellt. Es ist dies die Situation, die nach Schweizer Recht mit Reinem Auslegungstreit umschrieben wird. Die Vertragslücke wird in beiden Rechtsordnungen mit dispositivem Gesetzesrecht gefüllt. In Fallkonstellationen des Reinen Auslegungstretes decken sich somit die Lösungen der “battle of the forms” in beiden Rechtsordnungen.

- 335 Abs. 2 lit. (b) bezieht sich auf Fallkonstellationen des einseitigen Verweises auf AGB, in welcher nur in der modifizierten Auftragsbestätigung auf AGB verwiesen wird, nicht jedoch in der Offerte. Voraussetzung für die Inkorporation der AGB ist, dass sie die Offerte nicht substantiell abändern. Dies ist ein ausserordentlich strenger Massstab⁴⁷⁸ und entspricht in etwa den auf dem Vertrauensprinzip basierenden Massstäben des Günstigkeitsprinzips (Auftragsbestätigung) und der Berücksichtigung erkennbarer Empfängerinteressen (Bestätigungsschreiben) (vgl. N 323).
- 336 Näheres zum eher seltenen Fall des einseitigen Verweises auf AGB bei Vertragsabschluss durch modifizierte Auftragsbestätigung in § 12.
- 337 Abs. 3 lit. (c) bezieht sich auf Fallkonstellationen, in denen beide Parteien auf die eigenen AGB verweisen, ohne jedoch eine Abwehrklausel in ihre Vertragserklärungen aufzunehmen. Im Verweis auf die eigenen AGB ist konkludent die Ablehnung abweichender gegnerischer Bedingungen mitinbegriffen. Dies bedeutet, dass der Vertrag ohne die Bedingungen der einen oder der anderen Partei zustande kommt. Dies entspricht auch der sachgerechten Lösung nach Schweizer Recht (vgl. N 289).
- 338 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Lösungen nach UCC § 2-207 und nach Schweizer Recht sich grundsätzlich entsprechen. Einzig in der Wertung der Abwehrklauseln bestehen Differenzen, indem UCC § 2-207 Abs. 2 lit. (a) diesen in der Phase des Partialdissenses vertragsverhindernde Wirkung beimisst, sofern es nicht zur Vertragsabwicklung kommt (Abs. 3). Diese Differenz ist in der Praxis von geringer Bedeutung, da es in den meisten Fällen erst im Rahmen der Vertragsabwicklung zu Rechtsstreitigkeiten kommen wird, die in Bereiche fallen, die durch die betreffenden AGB unterschiedlich geregelt sind. Der Fall der Berufung auf (offenen) Partialdissens vor der Abwicklung des Vertrages (vgl. N 217 ff.) wird selten anzutreffen sein, wollen doch die Parteien das Geschäft grundsätzlich nicht an der AGB-Kollision scheitern lassen. Erst wenn sich Schwierigkeiten bei der Vertragsabwicklung ergeben, pflegen die Parteien darauf zurückzukommen, um ihre Rechtsposition zu stärken.

478 Vgl. SCHLECHTRIEM Fs. 74.

Teil 2

Zusammenstellungen von Fallkonstellationen der «battle of the forms» und weiterer Einbezugsprobleme

Abschnitt 1

Verweis auf Allgemeine Geschäftsbedingungen bei Vertragsabschluss

§ 11 Gegensätzliche Verweisung auf Allgemeine Geschäftsbedingungen durch Offerenten und Akzeptanten

I. Grundfall

- 339 Diese Fallkonstellation entspricht derjenigen des Basisfalles 2, der AGB-Kollision aufgrund von gegensätzlichen Verweisungen in Offerte und modifizierter Auftragsbestätigung. Zu den Lösungen dieser Fallkonstellation ist auf § 9 VI. zu verweisen, insbesondere auf die Zusammenfassung in § 9 XI. Hier ist deshalb nur auf die rechtliche Behandlung bestimmter vom Basisfall abweichender Sonderfälle einzutreten.

II. Sonderfälle

1. Vorrang abweichender Individualabreden

1.1. Grundsatz

- 340 Die Problematik des Widerspruchs zwischen Individualabrede und AGB kann grundsätzlich bei jeder Fallkonstellation, in der auf AGB verwiesen wird, auftreten. Der Grundsatz des Vorrangs der Individualabrede vor den AGB gilt gleichermaßen in allen Konstellationen, unabhängig davon, ob diese der AGB-Verweisung vorausgeht oder nachfolgt (vgl. N 30 f.). Die individuelle Vereinbarung konkreter Abreden bewirkt in jedem Fall eine stärkere Vertrauensbindung als der Verweis auf generell-abstrakte AGB⁴⁷⁹.

479 Zur vertrauenstheoretischen Begründung des Vorranges der Individualabrede vgl. N 30.

1.2. Einfluss von Abwehrklauseln und Wirksamkeitsvorbehalten

- 341 Qualifizierte Abwehrklauseln in Offerte oder Akzept, die das Abweichen von den betreffenden AGB unter Schriftformvorbehalt stellen, stehen dem Vorrang von abweichenden Individualabreden nicht entgegen⁴⁸⁰. Dies ergibt sich aus der vertrauenstheoretischen Interpretation der Erklärungshandlungen der Parteien. Indem die Kontrahenten in Kenntnis der AGB-Kollision mündliche Vereinbarungen treffen, die weder den AGB der einen noch der anderen Partei entsprechen, geben sie zu erkennen, dass sie sowohl die kollidierenden AGB wie auch die Schriftformvorbehalte konkludent aufheben. Im weiteren ist darauf hinzuweisen, dass Abwehrklauseln, seien es einfache oder qualifizierte, generell keine erhöhte Wirkung im Vergleich zum blossen Verweis auf AGB zukommt (vgl. N 289).
- 342 Eine andere Frage allerdings ist, wie ein Widerspruch zwischen Individualabreden und AGB, die durch einen Wirksamkeitsvorbehalt verstärkt sind, zu behandeln ist. Zu diesem Problembereich sind zwei Fallkonstellationen denkbar. Folgt die von den AGB abweichende Individualvereinbarung dem Wirksamkeitsvorbehalt einer oder beider Parteien nach, so wird dieser damit konkludent widerrufen. Der Partialdissens im Rahmen der AGB-Kollision, dem vor Vertragsabwicklung aufgrund des Wirksamkeitsvorbehalts subjektive Wesentlichkeit zukommt, wird durch die individuelle Einigung beseitigt. Wird der Individualvereinbarung nachträglich durch AGB, verstärkt mit einem Wirksamkeitsvorbehalt, widersprochen, so zeigt dies keine rechtliche Wirkung. Ein solches Verhalten verdient als ein gegen Treu und Glauben verstossendes *venire contra factum proprium* keinen Schutz⁴⁸¹. Der Wirksamkeitsvorbehalt bewirkt diesfalls nicht, dass der Vertrag wegen Partialdissenses in einem subjektiv wesentlichen Punkt scheitert (vgl. N 297).
- 343 Widerspricht die der AGB-Kollision vor- oder nachgehende Individualabrede den Bedingungen der Parteien nur teilweise, so ist, soweit keine individuellen Abreden bestehen, zur Vertragsergänzung auf das dispositive Gesetzesrecht zurückzugreifen.

2. Vorbehalt der nachfolgenden schriftlichen Annahme

- 344 Folgt der auf AGB verweisenden Offerte ein Akzept, in welchem der Zusatz enthalten ist "schriftliche Bestellung folgt" oder "Brief folgt", so bedeutet dies nach Meinung des OLG Hamm in AGBGE 1983 Nr. 10⁴⁸² nicht Annahme des

480 NÄGELI 295; SCHULER 122; S/J OR 1 N 494; KRAMER OR 1 N 213; FORSTMOSER (1) 44; GAUCH, Werkvertrag N 162, 243; ULMER AGBG 4 N 14, 29 ff.; SCHMIDT-SALZER (1) E. 16.

481 Vgl. Allgemeines dazu bei MERZ ZGB 2 N 402.

482 Zur gleichen Interpretation des Schriftformvorbehaltes vgl. S/H HGB 346 N 123;

Angebots und somit auch nicht Zustimmung zu den AGB der Gegenpartei. Erfolgt dann die tatsächliche Annahme in einer auf die eigenen AGB verweisenden modifizierten Auftragsbestätigung, so ist der Vertrag ohne Inkorporation von AGB zustande gekommen. Dieser Lösung, die den allgemeinen Grundsätzen zum Basisfall 2 folgt, ist grundsätzlich zuzustimmen. Der Erklärende bringt mit dem Zusatz "schriftliche Bestellung folgt" in einer für den Empfänger nach objektiven Gesichtspunkten erkennbaren Weise deutlich zum Ausdruck, dass die Annahme erst im angekündigten Schriftstück erfolgen wird. In diesem Stadium wird die Konsensvermutung von OR 2 I durch den Vorbehalt der späteren Annahme des Vertrages entkräftet⁴⁸³. Die Gesamtheit der Umstände, um mit dem BGer zu sprechen (N 172), deutet nicht auf ein Zustandekommen des Vertrages hin.

3. Abänderung der Offerte durch den Akzeptanten

- 345 Es kommt in der Geschäftspraxis zuweilen vor, dass das Akzept mittels modifizierter Auftragsbestätigung direkt auf dem Bestellformular des Offerenten erfolgt. Dies kann zum einen durch Streichung der Offerenten-AGB unter Verweis auf die Akzeptanten-AGB, zum andern durch Stempelaufdruck, der das anwendbare dispositive Recht für bestimmend erklärt, erfolgen. Die Streichung der Offerenten-AGB unter Verweis auf die Akzeptanten-AGB führt zu einer "battle of the forms". Es gilt die grundsätzliche Lösung des Basisfalles 2; der Vertrag kommt ohne AGB zustande. Dabei ist es aber erforderlich, dass diese Streichung so vorgenommen wird, dass sie dem Empfänger (dem Erstofferenten) erkennbar ist. Ist eine solche dem Empfänger den Umständen entsprechend – aufgrund der ihm nach Treu und Glauben im Verkehr zumutbaren Aufmerksamkeit – nicht erkennbar, so ist dieser in seinem Vertrauen auf die Inkorporation seiner AGB geschützt⁴⁸⁴. Während in den Hauptpunkten des Vertrages natürlicher Konsens besteht, liegt bezüglich der AGB-Geltungsfrage normativer Konsens (vgl. N 199 ff.) anstelle des versteckten Partialdissenses, welcher für gewöhnlich aus der Kollision resultiert, vor. Der Erstofferent hat sich zu Recht auf die Massgeblichkeit (An-

STAUDINGER/DILCHER Vorbem. zu BGB 116–144 N 55; BGH BB 1970 1324, BGH BB 1961 924. Diese Interpretation verbietet es auch, dem Schweigen auf kaufmännische Bestätigungsschreiben rechtserzeugende Wirkung zuzumessen.

483 Anders NÄGELI 260, der diesen Schriftformvorbehalt als Vorbehalt i.S. von OR 2 I interpretiert. Eine solche Interpretation ist diesfalls jedoch nur dann zutreffend, wenn die weiteren Umstände, so z.B. die Vertragsdurchführung, auf das Zustandekommen des Vertrages schliessen lassen. Vgl. zu dieser Interpretation des Schriftformvorbehaltes N 153 f.

484 Vgl. einen ähnlichen Fall AppGer BS SJZ 1947 223 f.: Der Mieter hatte das ihm vom Vermieter erhaltene Mietformular in bezug auf die Mietfrist abgeändert und daraufhin zurückgesandt. Da er dies ohne einen weiteren erkennbaren Hinweis tat, entschied das Gericht, dass der Vertrag im Sinne des Vermieters zustande gekommen sei.

nahme) der eigenen AGB verlassen, da sich dieser Vertragssinn objektiv aus den Umständen ergibt⁴⁸⁵. Somit ist der Vertrag in Abweichung zur Lösung des Basisfalles 2 mit den Bedingungen des Erstofferenten zustande gekommen. Versteht der Akzeptant die Offerte mit einem Aufdruck, der das anwendbare Gesetzesrecht für bestimmend erklärt, so sind die gleichen Grundsätze anzuwenden. Ein Stempel dürfte der Erkennbarkeit durch den Empfänger regelmässig genügen⁴⁸⁶. Indem eine Partei auf das anwendbare dispositive Recht verweist, bewirkt die Lückenfüllung im Rahmen der Kollision, da diese durch dispositives Gesetzesrecht erfolgt, dass sozusagen deren Bedingungen dem Vertrag zugrunde gelegt werden (vgl. N 270).

485 KRAMER OR I N 37: "Existenz und Inhalt einer normativ zugerechneten Willenserklärung bestimmt sich danach, wie der Erklärungsempfänger einen (...) Erklärungsvorgang nach den konkreten Umständen verstehen musste und durfte (...)."

486 In der Schweiz bedienen sich dieses Mittels oftmals Unternehmungen, deren Rechtsgeschäfte unter keine anwendbaren Verbandsbestimmungen fallen. Um eine AGB-Kollision zu vermeiden, wird auf das anwendbare dispositive Recht verwiesen. Dazu ist aber zu bemerken, dass es eigentlich dennoch zu einer Kollision kommt: zwischen den AGB einerseits und dem dispositiven Gesetzesrecht andererseits.

§ 12 Einseitige Verweisung auf Allgemeine Geschäftsbedingungen durch Offerenten oder Akzeptanten

I. Grundfall

346 Neben der Konstellation des gegenseitigen Verweises auf AGB kann es durchaus vorkommen, dass nur eine der Vertragsparteien auf ihre AGB Bezug nimmt⁴⁸⁷. In derart gelagerten Fällen kommt es folglich zu keiner AGB-Kollision. Unproblematisch ist die einseitige Bezugnahme auf AGB seitens des Offerenten, da diese in der Folge vom Akzept erfasst wird⁴⁸⁸. Verweist jedoch einzig der Akzeptant in einer modifizierten Auftragsbestätigung auf seine AGB, so stellt sich ein Einbezugsproblem. Die vom BGH in WM 1977 1353 (vgl. FN 487) und von Schmidt-Salzer⁴⁸⁹ gewählte Lösung in Anwendung der Th.d.l.W. ist abzulehnen (vgl. dazu die Kritik zur Th.d.l.W. N 108 ff.). Es ist zwar richtig, dass der Erstofferent weder auf die eigenen AGB verwiesen noch die gegnerischen abgelehnt hat. Daraus nun aber den Schluss zu ziehen, dass jener durch die Entgegennahme der Leistung oder einzig durch das Schweigen auf die partielle Zweitofferte⁴⁹⁰ dieser nun konkludent zustimmt, erscheint verfehlt. Dies ergibt sich aus vertrauens-theoretischen Überlegungen. Diejenige Partei, welche in der modifizierten Auftragsbestätigung auf ihre AGB verweist, darf weder im Schweigen noch in der Leistungsabnahme der Gegenpartei deren Zustimmung zu Vertragsergänzungen ersehen, welche eine Schlechterstellung dieser im Vergleich zum Vereinbarten oder zum dispositiven Recht beinhalten.

347 Im weiteren ist auf die rechtlich analoge Behandlung von Modifikationen in Bestätigungsschreiben und Auftragsbestätigung zu verweisen (vgl. § 10 II.). Dort ist bereits festgestellt worden (gleichermaßen für AGB-Verweisungen in Bestätigungsschreiben und Auftragsbestätigungen), dass dem Empfänger nicht unterstellt werden könne, er sei mit einseitigen Modifikationen, die seinen Interessen zuwiderlaufen, einverstanden. Das Günstigkeitsprinzip, welches in Fallsituationen einseitig geregelter AGB Aufschluss über deren Gültigkeit vermittelt, stellt – wie die Formel der Berücksichtigung erkennbarer Empfängerinteressen in Fallsituationen des einseitigen Verweises auf AGB mittels Bestäti-

487 Fallsituationen dieser Konstellation sind relativ selten anzutreffen. Eine gerichtliche Beurteilung eines solchen Sachverhalts findet sich einzig, soweit ersichtlich, in BGH WM 1977 1353. Der BGH entschied diesen Fall in Anwendung der Th.d.l.W., indem die Entgegennahme der Ware als konkludentes Einverständnis zu den gegnerischen AGB aufgefasst wurde.

488 In derart gelagerten Fällen werden die AGB des Offerenten – unter Vorbehalt der Geltungs- und Inhaltskontrolle (vgl. N 23 ff.) und unter Vorbehalt von Willensmängeln (vgl. N 29) – Bestandteil des Vertrages.

489 SCHMIDT-SALZER (1) D. 68.

490 Die modifizierte Auftragsbestätigung ist im Rahmen der Übereinstimmung als partielle Annahme, im Rahmen des Widerspruchs – der AGB-Kollision – als partielle Zweitofferte zu interpretieren (vgl. N 165).

gungsschreibens – eine Ausformulierung des Vertrauensprinzips dar. Die Konstellation des einseitigen Verweises auf AGB ihrerseits ist mit derjenigen der einseitig geregelten AGB vergleichbar (vgl. N 267 ff., 274 ff.). In beiden Fällen stehen den AGB des Vertragspartners keine entsprechenden Bedingungen gegenüber.

- 348 In allen drei Fallkonstellationen⁴⁹¹ können die einseitig geregelten AGB Vertragsinhalt werden, sofern die verweisende Partei im Schweigen des Empfängers nach Treu und Glauben eine diesbezügliche Zustimmung erkennen darf. Dies ist nur dann zu bejahen, wenn die einseitig geregelten AGB auch den Interessen des Empfängers Rechnung tragen⁴⁹². Darf die auf AGB verweisende Partei das Schweigen des Empfängers nicht als Zustimmung zu den Modifikationen interpretieren, so ist auch in der Vertragsabwicklung nicht die Unterwerfung unter diese zu erblicken. Zur Begründung ist auf die Argumente zu verweisen, die gegen die Anwendung der Th.d.l.W. sprechen (vgl. N 108 ff.).

II. Sonderfälle

1. Widerspruch zu gemeinsam vereinbarten AGB

- 349 Die Parteien können vorgängig zum eigentlichen Vertragsabschluss die Anwendung gewisser AGB bereits für den Fall vereinbaren, dass der Vertrag in der Folge zustande kommen wird. Diese Vereinbarung kann im Rahmen der endgültigen Offertenstellung oder vorhergehend bei den Vertragsverhandlungen getroffen werden⁴⁹³. Verweist dann der Akzeptant mittels modifizierter Auftragsbestätigung dennoch auf abweichende Bedingungen, so kommt es zur AGB-Kollision. Diese untersteht aber nicht den allgemeinen Regeln, die besagen, dass der Vertrag ohne AGB zustande kommt. Dem Vertrag werden vielmehr die bereits vereinbarten Bedingungen zugrunde gelegt. Das Schweigen der Gegenpartei oder die Vertragsabwicklung darf auch nicht als Zustimmung zu einseitig geregelten AGB in der modifizierten Auftragsbestätigung interpretiert werden, denn die vorgängige Vereinbarung bestimmter Bedingungen deutet darauf hin, dass diese nach dem Willen der Parteien eine abschliessende Regelung darstellen. Zudem ist der nachträgliche Verweis auf anderslautende AGB als ein Treu und Glauben widersprechendes *venire contra factum proprium* rechtlich unerheblich⁴⁹⁴.

491 Diese sind: der einseitige AGB-Verweis durch modifizierte Auftragsbestätigungen, einseitig geregelte AGB im Rahmen des gegenseitigen AGB-Verweises und der einseitige AGB-Verweis durch kaufmännische Bestätigungsschreiben.

492 Ob man sich dabei der Formel des Günstigkeitsprinzips oder derjenigen der Berücksichtigung erkennbarer Empfängerinteressen bedient, ist letztlich nur Formsache.

493 Diese Vereinbarung bezieht sich einzig auf den nachfolgenden Vertragsabschluss. Es handelt sich eigentlich um einen Rahmenvertrag mit beschränktem Geltungsbereich.

494 Vgl. Allgemeines dazu bei MERZ ZGB 2 N 402.

2. Wirkung von Empfehlungsschreiben

- 350 In Fällen, in denen vor Vertragsschluss in Empfehlungsschreiben auf bestimmte Lieferbedingungen verwiesen worden ist, kann es unter Umständen zu einer AGB-Kollision kommen, wenn der Offerent aufgrund seiner AGB beim Verfasser des Empfehlungsschreibens bestellt. Verweist daraufhin der Akzeptant (Lieferant) mittels modifizierter Auftragsbestätigung erneut auf die eigenen AGB, so entspricht dies der Konstellation des Basisfalles 2. Anders allerdings ist die Konstellation zu beurteilen, in der die AGB-Verweisung in der Offerte im Akzept unwidersprochen bleibt. Dabei ist es jedoch letztlich unerheblich, ob dem auf AGB verweisenden Empfehlungsschreiben Rechtswirkung zugestanden wird (vgl. § 3 IV.).
- 351 Ist der AGB-Verweis im Empfehlungsschreiben rechtlich wirkungslos, so kommt der Vertrag aufgrund der AGB des Offerenten zustande. Ist dem vorgängigen Empfehlungsschreiben des Lieferanten aber Rechtswirkung zuzugestehen (vgl. N 44), so kommt es zur AGB-Kollision. Aber auch in dieser Fallkonstellation wird sich der Offerent mit seinen AGB durchsetzen, sofern der Akzeptant (Lieferant) diesen nicht entgegentritt. Indem der Offerent auf die eigenen AGB verweist, widerspricht er konkludent der Inkorporation der im Empfehlungsschreiben genannten Lieferbedingungen. Diese Intention des Bestellers muss der Lieferant bei gehöriger Aufmerksamkeit erkennen, weshalb ihm auch der Widerspruch gegen die Geltung der Bestellerbedingungen zuzumuten ist. Dasselbe gilt auch dann, wenn der Offerent, der sich eines Bestellformulars des Lieferanten bedient, welches dem Empfehlungsschreiben beilag, die darin verwiesenen AGB streicht und auf die eigenen Bedingungen Bezug nimmt⁴⁹⁵.

495 Dies gilt nur, sofern diese Abänderung des Bestellformulars der Gegenpartei (Lieferant) erkennbar ist. Vgl. Näheres dazu N 345.

§ 13 Verweisung auf Allgemeine Geschäftsbedingungen durch verspätete modifizierte Auftragsbestätigungen

I. Grundsatz

352 Die Regel über die Bindung des Antragstellers bei Vertragsschluss unter Abwesenden in OR 5 I hält fest, dass dieser bis zu jenem Zeitpunkt gebunden bleibt, in welchem er den Umständen nach den Eingang der Annahme erwarten darf⁴⁹⁶. Der verspätet abgegebenen Annahmeerklärung kommt zwar keine vertragschliessende Wirkung zu, der Erstofferent darf diese jedoch als neue Offerte (Zweitofferte) zum Vertrag betrachten⁴⁹⁷. Die Annahme der Zweitofferte durch den Erstofferenten ist dann ihrerseits wiederum an die Frist von OR 5 I gefunden⁴⁹⁸. Überschreitet die Annahme der Zweitofferte diese Frist, so ist sie folgerichtig als Drittofferte zu interpretieren. Was die Form der Annahme der Zweitofferte betrifft, so kann sie sowohl ausdrücklich wie auch konkludent erfolgen⁴⁹⁹. Diese eben dargelegten Regeln gelten auch für jene Fälle, in denen der Offerent für die Annahme eine Frist setzt, die in der Folge aber vom Akzeptanten überschritten wird⁵⁰⁰.

II. Kollisionskonstellationen

353 Es ist vom Sachverhalt des Basisfalles 2 auszugehen, dem gegenseitigen Verweis auf AGB durch Offerenten und Akzeptanten. Dem Erstofferenten stehen auf die modifizierte Auftragsbestätigung, die verspätet abgegeben und demzufolge verspätet eingetroffen ist, drei unterschiedliche Reaktionen zur Auswahl:

354 Eine erste Reaktion kann darin bestehen, dass der Erstofferent zur Zweitofferte schweigt. Diesfalls ist kein Vertrag zustande gekommen, ausser es würden die nach OR 6 geforderten Umstände vorliegen, die das Schweigen als Zustimmung erscheinen lassen⁵⁰¹.

496 Dieser Zeitpunkt bestimmt sich nach den konkreten Umständen des Einzelfalles, vgl. S/J OR 5 N 7 ff.; SCHMIDLIN OR 5 N 5; G/M/K 96 f.; v.T/P 185; BUCHER 112.

497 Vgl. S/J OR 3 N 92, OR 5 N 33; SCHMIDLIN OR 3 N 86, OR 5 N 24; G/M/K 99; v.T/P 186; BUCHER 112.

Im weiteren ist OR 5 III zu beachten, der sich auf alle Fälle rechtzeitig abgesandter, aber verspätet angekommener Annahmeerklärungen bezieht: Vgl. S/J OR 3 N 24 ff.; SCHMIDLIN OR 5 N 18 ff.; v.T/P 185; G/M/K 99; BUCHER 115 3.

498 So S/J OR 3 N 92.

499 Ob neben der konkludenten Annahme auch eine Annahme durch Stillschweigen möglich ist, ist nicht unumstritten. Dafür: v.T/P 186 N 25, SCHMIDLIN OR 5 N 25, BECKER OR 5 N 9. Dagegen: G/M/K 99 mit Verweis auf BGE 26 II 333.

500 Vgl. S/J OR 3 N 92; SCHMIDLIN OR 3 N 86.

501 Vgl. Näheres S/J OR 6 N 14 ff.; SCHMIDLIN OR 6 N 29 ff.

- 355 Eine zweite Reaktion kann darin bestehen, dass der Erstofferent auf die Zweitofferte hin die Erstofferte, die auf seine AGB verweist, wiederholt. Diese ist im Verhältnis zur Zweitofferte als modifizierte Auftragsbestätigung zu interpretieren. Diese Fallkonstellation entspricht somit derjenigen des Basisfalles 2 (vgl. § 9 VI.); der Vertrag kommt grundsätzlich ohne die Bedingungen der einen oder der anderen Partei zustande.
- 356 Eine dritte Reaktion kann darin bestehen, dass der Erstofferent zur Vertragsabwicklung Hand bietet, indem er die gegnerische Leistung abnimmt. Der Leistungsaustausch ist als konkludente Annahme der Zweitofferte zu interpretieren⁵⁰², sofern dieser innert angemessener Frist stattfindet. Was den Umfang der Annahme betrifft, so ist zu differenzieren: Der Zweitofferte in Gestalt der verspäteten modifizierten Auftragsbestätigung steht in dieser Konstellation keine ausdrückliche Annahme des Erstofferenten, die widersprüchliche AGB enthält, gegenüber. Dennoch darf der Zweitofferent das konkludente Akzept in Gestalt der Leistungsabnahme nicht auch auf die eigenen AGB beziehen. Die Interpretation des konkludenten Akzeptes hat der Kollisionsproblematik Rechnung zu tragen. Der Zweitofferent darf aus dem Leistungsaustausch, gefolgt auf seine verspätete Auftragsbestätigung, nicht schliessen, der Erstofferent verzichte nunmehr auf die Durchsetzung der AGB und unterwerfe sich den gegnerischen Bedingungen. Bei der vertrauensrechtlichen Interpretation⁵⁰³ der Erklärungen einer Partei sind gegebenenfalls auch erkennbare Umstände mit einzubeziehen, die vor dem Vertragsschluss liegen⁵⁰⁴. Zudem ist auch die erkennbare Interessenlage der Parteien mitzuberücksichtigen⁵⁰⁵. Die Einbeziehung dieser Momente ergibt, dass der Vertrag ohne die Bedingungen einer Vertragspartei im Moment der Leistungsabnahme seitens des Erstofferenten zustande kommt.

502 Vgl. KRAMER OR 1 N 9 ff.; S/J OR 1 N 131, 146.

503 Vgl. KRAMER OR 1 N 11 zur Interpretation konkludenter Willenserklärungen nach dem Vertrauensprinzip.

Vgl. Allgemeines zum Vertrauensprinzip S/J OR 1 N 195 ff.; KRAMER OR 1 N 37 ff., 102 ff.

504 Zur Interpretation einer Erklärung aus dem Gesamtzusammenhang heraus vgl. KRAMER OR 1 N 106 ff., OR 18 N 27; MERZ ZGB 2 N 152; G/S OR 18 N 357 ff.; S/J OR 1 N 269 ff.

505 S/J OR 1 N 272. Dabei ist auch auf den von den Parteien verfolgten Zweck abzustellen, vgl. KRAMER OR 18 N 35 ff., OR 1 N 106. Mit dem Verweis auf AGB beabsichtigen beide Parteien, diese dem Vertrag zu inkorporieren und, falls dies nicht möglich ist, zumindest den gegnerischen Bedingungen die Anwendung zu versagen.

§ 14 Vertragsabschluss und Einbezug von Allgemeinen Geschäftsbedingungen durch kaufmännische Bestätigungsschreiben

I. Grundsatz

357 In der Lehre⁵⁰⁶ ist allgemein anerkannt, dass die rechtserzeugende Kraft des Schweigens auf ein Bestätigungsschreiben zu einem Vertragsschluss führen kann, obwohl ein solcher tatsächlich gar nicht erfolgt ist. Voraussetzung für diese Konstitutivwirkung des Schweigens ist, dass Unklarheit besteht, ob und mit welchem Inhalt ein Vertrag zustande gekommen ist⁵⁰⁷. In solchen Situationen darf der Bestätigende das Schweigen des Empfängers als Willensäußerung i.S. einer Anerkennung des Vertrages werten, denn für den Empfänger ist erkennbar, dass mit dem Schreiben eine Klärung der Rechtslage angestrebt wird. In Anbetracht des durch die Vertragsverhandlung begründeten Vertrauensverhältnisses ist ihm der Widerspruch zuzumuten, falls er sich der Geltung des Vertrages widersetzt⁵⁰⁸. Dies gilt selbstverständlich nur in Fällen, in denen das Verhandlungsergebnis derart beschaffen ist, dass berechnete Zweifel darüber bestehen können, ob ein Vertrag zustande gekommen ist oder nicht. Ausgeschlossen sind Fälle, wo das Scheitern des Vertrages unzweifelhaft feststeht. In solchen Fällen kann im Schweigen des Empfängers nicht Zustimmung zur Vertragsgeltung gesehen werden. Dies würde Treu und Glauben widersprechen.

358 Die tatsächliche subjektive Eigenschaft des Bestätigenden, ob er nun ohne jegliche Zweifel glaubt, der Vertrag sei zustande gekommen, ist nicht von Bedeutung (vgl. N 65 ff.). In Anwendung des Vertrauensprinzips ist einzig auf das Verständnis eines vernünftigen Empfängers in der konkret vorliegenden Situation abzustellen⁵⁰⁹.

506 SCHULER 103 f.; SCHMIDLIN OR 6 N 94; FLUME 663 f.; KRAMER BGB 151 N 27; S/H HGB 346 N 110, 112; RAISER 192 ff.; SCHLECHTRIEM Fs. 78; BGH WM 1974 410; BGH NJW 1952 1369; siehe auch N 56.

507 Eine solche Situation liegt z.B. vor, wenn ein umfassender Schriftwechsel zur Klärung von Einzelfragen stattgefunden hat und deshalb unklar ist, ob der Vertrag zustande gekommen ist, oder wenn missverständlich Klauseln verwendet worden sind. Vgl. SCHLECHTRIEM Fs. 78.

508 Dies ergibt sich aus der Anwendung des Vertrauensprinzips, vgl. Allgemeines dazu bei SCHMIDLIN OR 6 N 99 f. Der Absender darf aufgrund der Umstände – der vorangegangenen Vertragsverhandlungen – darauf vertrauen, dass der Empfänger bei Nicht-einverständnis sofort widerspricht.

BGH WM 1974 410: "Widerspricht er nicht, so soll sich der Absender grundsätzlich darauf verlassen können, dass das Geschäft, so wie er es bestätigt hat, abgewickelt werden kann (...)."

Vgl. etwa auch FLUME 664; KRAMER BGB 151 N 20; BYDLINSKI 205; DIEDERICHSEN JuS 1966 136.

509 Vgl. S/J OR 1 N 195 f.; KRAMER OR 1 N 37: "Existenz und Inhalt einer normativ zugerechneten Willenserklärung bestimmt sich danach, wie der Erklärungsempfänger einen (vom Erklärenden als solchen intendierten oder auch nur nach aussen als solchen

- 359 Was den Inhalt des Vertrages betrifft, so ist die Konstitutivwirkung des Schweigens des Empfängers den allgemein beim kaufmännischen Bestätigungsschreiben geltenden Schranken unterworfen (vgl. N 72 ff.); es gelten die allgemeinen Rechtsgrundsätze zum kaufmännischen Bestätigungsschreiben. Bestimmungen in kaufmännischen Bestätigungsschreiben, die Punkte betreffen, die bei den vorhergegangenen Vertragsverhandlungen noch nicht vollends geklärt worden sind, werden nur Vertragsinhalt, wenn sie den Interessen des Empfängers in gebührender Weise Rechnung tragen⁵¹⁰. Der Absender darf im Schweigen des Empfängers unter Einbezug der konkreten Umstände nach Treu und Glauben nicht die Zustimmung zu solchen Bestätigungspunkten erblicken, die das bisherige Verhandlungsergebnis abändern oder im Rahmen der noch ungeklärten Punkte den Empfänger benachteiligen. Die Konstitutivwirkung des Bestätigungsschreibens ist namentlich dann abzulehnen, wenn dessen Empfänger bereits bei den vorangegangenen Vertragsverhandlungen den betreffenden Regelungsvorschlägen widersprochen hat (vgl. N 367). Zu weiteren Einzelfragen vgl. § 8 II.

II. Kollisionskonstellationen

1. Grundfall⁵¹¹

- 360 Es kann sich ergeben, dass das Verhandlungsergebnis unklar und widersprüchlich erscheint, mitunter weil bezüglich der AGB-Geltungsfrage keine eindeutige Einigung erzielt worden ist. Lässt daraufhin die eine Partei der anderen ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben zukommen, das zum einen den Vertragsschluss festhält und zum andern die AGB des Absenders für anwendbar erklärt, stellt sich bei Schweigen des Empfängers neben der Frage der Vertragsgeltung auch diejenige der AGB-Geltung. Der Vertrag gilt als zustande gekommen, wenn das bisherige Verhandlungsergebnis eine solche Interpretation vernünftigerweise nach Treu und Glauben zulässt. Die Anwendung der allgemeinen Rechtsgrundsätze zur Konstitutivwirkung ergibt, dass der Absender nicht mit der Zustimmung des Empfängers zu seinen AGB rechnen darf. Dies gilt vor allem dann, wenn der Empfänger diesen bereits anlässlich der vorangehenden Verhandlungen widersprochen hat⁵¹². Insofern besteht eine AGB-Kollision. Der Vertrag

erscheinenden) Erklärungsvorgang nach den konkreten Umständen objektiv verstehen durfte und musste (...)." Siehe auch KRAMER OR 1 N 102.

- 510 Es ist auf die Formeln zur Bestimmung der Konstitutivwirkung von Ergänzungen in Bestätigungsschreiben zu verweisen (vgl. N 72 ff.): Vergleich der Ergänzungen mit dem dispositiven Recht; Ergänzung nur insoweit, wie die erkennbaren Empfängerinteressen nicht fühlbar beeinträchtigt sind.
- 511 Dieser Fallkonstellation entsprechen im wesentlichen BGH WM 1974 409 (ohne AGB-Verweisung) und BGH NJW 1952 1369 (mit AGB-Verweisung). Vgl. auch N 365.
- 512 Bei der Interpretation der Willenserklärung, die hier in Form von Stillschweigen besteht, sind auch die Umstände vor Vertragsschluss, insbesondere die Vertragsverhandlungen

kommt demnach grundsätzlich ohne die AGB des Bestätigenden und auch ohne andere die Empfängerinteressen tangierenden Modifikationen zustande. Einzig einseitig geregelten AGB kommt, falls die entsprechenden Voraussetzungen gegeben sind (vgl. § 9 VIII.), bei Schweigen des Empfängers Konstitutivwirkung zu.

2. Sonderfälle

2.1. Kreuzende Bestätigungsschreiben

- 361 Halten beide Parteien mittels kaufmännischer Bestätigungsschreiben den vermeintlich erfolgten Vertragsschluss fest, so kommt dem Schweigen der Parteien auf diese Schreiben hin nur bedingt Konstitutivwirkung zu, wenn sie das Zustandekommen des Vertrages auf verschiedene Weise bestätigen, sich die Schreiben demnach kreuzen bzw. widersprechen⁵¹³. Bei der Beurteilung, ob ein Vertrag zustande gekommen ist, ist auf Art und Umfang des Widerspruchs abzustellen. Werden objektiv wesentliche Punkte vom Widerspruch erfasst, so bewirkt dieser Totaldissens. Sind jedoch nur gegensätzliche AGB Gegenstand des Widerspruchs, so bestimmen die näheren Umstände, ob und inwieweit ein Vertrag zu bejahen ist. In Situationen sich kreuzender Bestätigungsschreiben liegt grundsätzlich offener Partialdissens im Rahmen der AGB-Geltungsfrage und allenfalls in weiteren Teilbereichen vor. Auf solche Fallkonstellationen sind die allgemeinen Grundsätze, die zum Basisfall 2 entwickelt worden sind, anzuwenden (vgl. N 216 ff.). Besteht der Widerspruch einzig in der AGB-Kollision, so steht der Partialdissens dem Zustandekommen des Vertrages grundsätzlich nicht entgegen. Im Rahmen der Kollision kommt es zur Vertragsergänzung⁵¹⁴. Schreiten die Parteien in Kenntnis des Partialdissenses zur Vertragsabwicklung, so bekunden sie damit konkludent, dass sie den Vertrag nicht daran scheitern lassen wollen, sondern gehen vielmehr übereinstimmend von dessen Geltung aus. Es liegt die Situation eines Reinen Auslegungstreites vor (vgl. N 241 ff.).

2.2. Vorbehalt der Schriftlichkeit

- 362 Hat der Empfänger des Bestätigungsschreibens bei den Vertragsverhandlungen erklärt, den Vertragsschluss von einer schriftlichen Annahmeerklärung abhängig

(vgl. KRAMER OR 1 N 108, OR 18 N 27 ff.; MERZ ZGB 2 N 152; G/S OR 18 N 357 f.; S/J OR 1 N 269) und die Interessenlage (vgl. S/J OR 1 N 272; KRAMER OR 18 N 35 ff., OR 1 N 108) des Erklärenden, zu berücksichtigen.

513 Vgl. Näheres zu kreuzenden Bestätigungsschreiben N 371.

514 Einseitig geregelte AGB, bezüglich derer keine Kollision besteht, sind dann vom Konsens erfasst, wenn sie sich für den Empfänger günstig auswirken, vgl. Näheres dazu N 276 f.

zu machen, dann kommt dem Schweigen auf ein den Vertragsschluss bestätigen-
des Schreiben keine Konstitutivwirkung zu⁵¹⁵. Das Schweigen auf ein solches
Schreiben darf nicht als Willenserklärung gewertet werden. Bietet der Empfänger
trotz des Schriftformvorbehalts in der Folge Hand zur Vertragsabwicklung,
indem er die gegnerische Leistung abnimmt und die seinige erbringt, so ist dies
als Widerruf des Vorbehalts zu interpretieren. Mit der Vertragsabwicklung gibt
der Empfänger konkludent zu erkennen, dass er den von der Gegenpartei be-
stätigenden Vertrag anerkennt. Was den Inhalt des Vertrages betrifft, so ist auf
die Ausführungen beim Grundfall zu verweisen (vgl. N 360); es gelten die all-
gemeinen Rechtsgrundsätze über das kaufmännische Bestätigungsschreiben.

515 Vgl. S/H HGB 346 N 123; SCHMIDT-SALZER (2) 595 I.Sp.; BGH BB 1970 1324:
"Wer weiss, dass sein Vertragspartner den Vertragsschluss ausdrücklich von einer
schriftlichen Annahmeerklärung abhängig gemacht hat, kann redlicherweise nicht
damit rechnen, dass dieser durch blosses Schweigen auf ein Bestätigungsschreiben
seinen bisherigen Schriftformvorbehalt fallen lässt."
Zur gleichen Interpretation eines Schriftformvorbehalts vgl. N 344.
Zu einer anderen Interpretation eines Schriftformvorbehalts vgl. N 153 f.

Abschnitt 2

Verweis auf Allgemeine Geschäftsbedingungen nach Vertragsabschluss

§ 15 Einseitige Verweisung auf Allgemeine Geschäftsbedingungen durch kaufmännische Bestätigungsschreiben

I. Grundfall

- 363 Diese Fallkonstellation entspricht derjenigen des Basisfalles 1 (vgl. N 145), dem einseitigen Verweis auf AGB, die zu keiner Zeit Gegenstand der Vertragsverhandlungen waren. Zur Lösung des Grundfalles ist auf § 8 I. zu verweisen. Nebenprobleme, die sich im Zusammenhang mit dem Basisfall 1 stellen können, sind in § 8 II. abgehandelt. Der einseitige Verweis auf Allgemeine Geschäftsbedingungen führt grundsätzlich nicht zu einer "battle of the forms", ausser die Parteien hätten bestimmte Bedingungen bereits bei Vertragsschluss vereinbart.
- 364 Im weiteren werden unterschiedliche Fallsituationen zur Konstellation des einseitigen Verweises auf AGB durch kaufmännische Bestätigungsschreiben untersucht. Dabei handelt es sich um denkbare Varianten des Basisfalles 1.

II. Sonderfälle

1. Dissens in der AGB-Geltungsfrage bei Vertragsabschluss

- 365 Haben zur Zeit des Vertragsabschlusses zwischen den Parteien bereits Streitigkeiten über den Inhalt, mit welchem der Vertrag zustande gekommen ist, bestanden, so kann das Bestätigungsschreiben nicht dazu dienen, der eigenen Ansicht – den eigenen AGB – nachträglich Geltung zu verschaffen⁵¹⁶. Dem Schweigen auf ein solches Schreiben kommt keine Konstitutivwirkung zu. Es fehlt an der objektiven Vertrauenssituation, um den Empfänger unter Erklä-

516 Vgl. ULMER AGBG 2 N 89; WOLF/HORN/LINDACHER AGBG 2 N 72; STAUDINGER/SCHLOSSER AGBG 2 N 76; KRAMER BGB 151 N 34; LINDACHER WM 1981 707, 709; BGH DB 1963 929.

S/H HGB 346 N 116: "Auch wenn zwischen den Parteien bereits Streitigkeiten über den Inhalt des Vertrages entstanden sind, kann die eine Seite nicht mehr die andere durch ein 'Bestätigungsschreiben' auf die eigene Ansicht festnageln."

rungszwang zu setzen; der Bestätigende handelt m.a.W. unredlich⁵¹⁷. Indem beide Parteien anlässlich der Vertragsverhandlungen ihren AGB zum Durchbruch verhelfen wollen, geben sie eindeutig zu erkennen, dass sie die gegnerischen Bedingungen ablehnen. Insofern besteht eine AGB-Kollision. Dem Absender sind keine Anhaltspunkte dafür erkennbar, dass der Empfänger nunmehr mit der Inkorporation der gegnerischen AGB einverstanden ist⁵¹⁸. Einzig einseitig geregelten AGB (vgl. N 347), die eine Ergänzung zu den gegnerischen Bedingungen beinhalten, kann bei Schweigen des Empfängers Konstitutivwirkung zukommen, sofern dadurch erkennbare Empfängerinteressen nicht fühlbar beeinträchtigt werden (vgl. N 72 ff.). Es gelten die allgemeinen Rechtsgrundsätze über das kaufmännische Bestätigungsschreiben gleich wie in Situationen des Basisfalles 1, in denen die AGB-Geltungsfrage nicht Gegenstand der Vertragsverhandlungen darstellt.

2. Vereinbarung von AGB bei Vertragsabschluss

- 366 Ist bereits beim vorangegangenen Vertragsabschluss über die AGB-Geltungsfrage entschieden worden, indem entweder die Bedingungen einer Vertragspartei oder bestimmte andere Bedingungen für anwendbar erklärt worden sind, besteht kein Raum mehr dafür, mittels eines Bestätigungsschreibens abweichende Bedingungen in den Vertrag einzuführen⁵¹⁹. Diesfalls kommt auch ergänzenden Bedingungen, die an sich den Interessen des Empfängers Rechnung tragen, keine Konstitutivwirkung zu. Die Tatsache, dass bereits AGB in den Vertrag aufgenommen worden sind, spricht für eine abschliessende Regelung in diesem Bereich, weshalb

517 Vgl. N 65 ff. zur Parallelität der objektiven Vertrauenssituation und der Absicht des Bestätigenden.

518 Anders SCHULER 105, der bei Schweigen des Empfängers die Konstitutivwirkung des Bestätigungsschreibens auf den vollen Umfang der gegnerischen AGB bezieht. Begründet wird diese Ansicht damit, dass der Zweck des Schreibens diesfalls darin bestehe, die Rechtslage bezüglich der AGB-Geltung zu klären. Gerade aber der Widerspruch in den AGB bei Vertragsschluss deutet darauf hin, dass keine Partei die gegnerischen AGB akzeptiert. Der nachträgliche Versuch, die eigenen Bedingungen mittels eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens dem Vertrag zu inkorporieren, verstösst somit gegen Treu und Glauben und verletzt die erkennbaren Interessen des Vertragspartners. Eine Klärung der AGB-Geltungsfrage ist grundsätzlich weder erforderlich noch durchführbar: Die Lückenfüllung mittels dispositiven Gesetzesrechts ist in den meisten Fällen sachgerecht. Zudem ist kaum anzunehmen, dass die Parteien im Rahmen der AGB-Geltungsfrage zu Konzessionen bereit sind.

519 Vgl. SCHULER 105; ULMER AGBG 2 N 89; WOLF/HORN/LINDACHER AGBG 2 N 71; STAUDINGER/SCHLOSSER AGBG 2 N 76; LINDACHER WM 1981 707, 709; ULMER/SCHMIDT JuS 1984 21 I.Sp.

Anders SCHMIDT-SALZER (1) D. 79, (2) 597 30, der dies nur bei vorangegangenem schriftlichem Einbezug der AGB in den Vertrag bejaht.

Anders auch der BGH BB 1962 902, der die rechtserzeugende Wirkung eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens des Lieferanten bejaht, obwohl derselbe bei Vertragsschluss die Bedingungen des Bestellers unterzeichnet hat.

eine Ergänzung den erkennbaren Interessen des Empfängers zuwiderläuft. Die allgemeinen Rechtsgrundsätze über das kaufmännische Bestätigungsschreiben kommen nicht zur Anwendung, da es von vornherein an einer Vertrauensgrundlage mangelt. Beabsichtigt eine Partei, den Vertrag nachträglich zu ergänzen, so hat sie darüber die Zustimmung des Vertragspartners einzuholen⁵²⁰.

3. Ablehnung von AGB bei Vertragsabschluss

- 367 Die Konstitutivwirkung des Schweigens ist stets dann zu verneinen, wenn der Empfänger der Einbeziehung der AGB des Absenders bereits anlässlich der Vertragsverhandlungen ausdrücklich widersprochen hat⁵²¹. Indem der Empfänger den gegnerischen AGB insgesamt bereits widersprochen und damit jede gegnerische Bedingung abgelehnt hat, kommt bei dessen Schweigen auf das Bestätigungsschreiben auch den grundsätzlich konsensfähigen Ergänzungen (welche den Empfängerinteressen an sich gerecht werden) keine Konstitutivwirkung zu. In Abweichung zur Lösung des Basisfalles 1 kommen diesfalls die allgemeinen Rechtsgrundsätze zum kaufmännischen Bestätigungsschreiben nicht zur Anwendung⁵²².

4. Bedeutung bestehender Geschäftsbeziehungen

- 368 Bestehende Geschäftsbeziehungen und deren Inhalte sind Umstände, die bei der vertrauenstheoretischen Interpretation von Willenserklärungen mitzubücksichtigen sind⁵²³. Ist im Rahmen zahlreicher vorangehender Vertragsschlüsse bewusst von beiden Parteien auf den Einbezug von AGB verzichtet worden⁵²⁴ oder bewusst eine Klärung der AGB-Geltungsfrage (bzw. der AGB-Kollision, ausgelöst

520 Dies stellt bei den heutigen Kommunikationsmöglichkeiten keine unzumutbare Erschwerung des kaufmännischen Verkehrs dar, vgl. OLG Köln DB 1980 924; BGH JZ 1977 603.

521 Vgl. ULMER AGBG 2 N 89; WOLF/HORN/LINDACHER AGBG 2 N 71; STAUDINGER/SCHLOSSER AGBG 2 N 76; LINDACHER WM 1981 710 I.Sp.; WALCHSHÖFER BB 1975 720 r.Sp.; ULMER/SCHMIDT JuS 1984 21 I.Sp.; BGH DB 1963 929.

Anders SCHMIDT-SALZER (1) D. 79, (2) 597 30, der trotz erfolgter Ablehnung der AGB dem Schweigen des Empfängers Konstitutivwirkung zumisst.

522 Vgl. N 365 zu einem ähnlich gelagerten Fall, in welchem Dissens bezüglich der AGB-Geltungsfrage bei Vertragsschluss besteht. Diesfalls kommt ergänzenden Bestimmungen bei Schweigen des Empfängers Konstitutivwirkung zu, da allein mit dem Verweis auf die eigenen Bedingungen die gegnerischen nicht insgesamt abgelehnt wurden.

523 Bei der Interpretation der Willenserklärungen, die hier in Form von Stillschweigen besteht, sind auch Umstände vor Vertragsschluss zu berücksichtigen. Vgl. KRAMER OR 1 N 108, OR 18 N 27 ff.; MERZ ZGB 2 N 152; G/S OR 18 N 357 f.; S/J OR 1 N 269; G/S/J N 880.

524 Vgl. ULMER/SCHMIDT JuS 1984 21.

durch gegensätzliche Verweisungen in Offerte und Akzept) unterlassen worden⁵²⁵, so darf der Absender eines Bestätigungsschreibens den Umständen entsprechend nicht annehmen, der Empfänger sei bei Nichtwiderspruch mit den darin verwiesenen AGB einverstanden. Zur Inkorporation seiner AGB hat dieser sich um eine eindeutige Vertrauensgrundlage zu bemühen. Auch ergänzenden Bedingungen in den AGB des Absenders, die den Empfängerinteressen an sich gerecht werden, kommt bei Schweigen des Empfängers keine Konstitutivwirkung zu; die allgemeinen Rechtsgrundsätze zum kaufmännischen Bestätigungsschreiben kommen somit nicht zur Anwendung.

525 Dieser Fallkonstellation entspricht BGH NJW 1982 1751. Vgl. auch OLG Hamm BB 1979 701; OLG Karlsruhe BB 1972 1162.

§ 16 Beidseitige Verweisung auf Allgemeine Geschäftsbedingungen durch kaufmännische Bestätigungsschreiben

I. Grundsatz

369 Ausgangspunkt der nachfolgenden Betrachtungen ist der Sachverhalt des beidseitigen Verweises der Parteien auf AGB nach Vertragsschluss durch kaufmännische Bestätigungsschreiben⁵²⁶. In Abweichung zu den Fallsituationen des einseitigen Verweises auf AGB kommen hier die Rechtsgrundsätze über das kaufmännische Bestätigungsschreiben, soweit einzelne Bedingungen einander widersprechen, nicht zur Anwendung, da es von vornherein an der objektiven Vertrauenssituation fehlt (vgl. N 64). Der beidseitige Verweis auf AGB wird zu- meist zur "battle of the forms" führen, sind doch die AGB der Parteien auf ihre gegensätzlichen Interessen als Besteller und Lieferant zugeschnitten.

II. Kollisionskonstellationen

370 Die wechselseitige Inbezugnahme von AGB durch kaufmännische Bestätigungsschreiben kann grundsätzlich auf zwei Arten erfolgen: entweder simultan in Form von sich kreuzenden Bestätigungsschreiben oder sukzessive in Form von nacheinander folgenden Bestätigungsschreiben.

1. Kreuzende abweichende Bestätigungsschreiben⁵²⁷

371 Indem beide Vertragsparteien gleichzeitig mit auf AGB verweisenden Bestätigungsschreiben den Vertragsschluss widersprüchlich bestätigen, heben sich die beiden Einbeziehungsversuche gegenseitig auf. Die Bezugnahme auf eigene AGB beinhaltet konkludent die Ablehnung gegnerischer Bedingungen. Analog zur AGB-Kollision bei Vertragsschluss hat sich die "battle of the forms" durchaus

526 Fallbeispiele zu diesen Konstellationen: ZR 1947 173 nacheinanderfolgende abweichende Bestätigungsschreiben ohne AGB-Verweis; BGH NJW 1982 1751 kreuzende abweichende Bestätigungsschreiben mit AGB-Verweis; BGH WM 1973 1198 nacheinanderfolgende abweichende Bestätigungsschreiben ohne AGB-Verweis; BGH MRD 1966 583 kreuzende Bestätigungsschreiben ohne AGB-Verweis; OLG Stuttgart BB 1962 349 kreuzende abweichende Bestätigungsschreiben ohne AGB-Verweis; BGH BB 1961 954 kreuzende abweichende Bestätigungsschreiben ohne AGB-Verweis.

527 Vgl. SCHMIDLIN OR 6 N 107; ULMER AGBG 2 N 93; KRAMER BGB 151 N 33; SCHLOSSER/C-W/GRABA AGBG 2 N 116; STAUDINGER/SCHLOSSER AGBG 2 N 80; S/H HGB 346 N 123; STRIEWE JuS 1982 729; DIEDERICHSEN JuS 1966 138; BGH NJW 1982 1751.

nicht auf jede einzelne Klausel zu beziehen (vgl. N 255). Es ist auch hier zwischen “übereinstimmenden” (deckungsgleichen), “sich widersprechenden” (gegensätzlichen, widersprüchlichen) und “einseitig geregelten” AGB zu unterscheiden.

1.1. Gegensätzliche Klauseln

- 372 Die wechselseitig verwiesenen AGB werden sich i.d.R. in den meisten Punkten ausdrücklich widersprechen, da mit ihnen eben gegensätzliche Interessen verfolgt werden. Im Rahmen der Kollision der einzelnen Bedingungen kommen, falls vorhanden, primär die vertraglichen Individualvereinbarungen und sekundär die dispositiven Gesetzesbestimmungen zur Anwendung. Zur Ablehnung der gegnerischen Bedingungen bedarf es keiner Abwehrklausel, denn durch die Inbezugnahme der eigenen AGB wird unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass gegensätzliche AGB nicht akzeptiert werden (vgl. N 289).

1.2. Deckungsgleiche Klauseln

- 373 Die beidseitig verwiesenen AGB werden, insoweit wie sie übereinstimmen, Vertragsinhalt⁵²⁸. Dies ergibt der Grundsatz der Kongruenzgeltung (vgl. N 257 f.), der hier in analoger Weise zur Anwendung kommt. Dieser Grundsatz unterliegt der zweifachen Restriktion in Form der elementweisen Betrachtung und des Interessenausgleichs aufgrund der Gesamtbetrachtung aller Klauseln (vgl. dazu N 259 ff.).
- 374 Weder eine einfache noch eine qualifizierte Abwehrklausel steht dieser Interpretation entgegen, denn die Inkorporation deckungsgleicher AGB bedeutet aus der Sicht beider Parteien eine partielle Durchsetzung eigener Bedingungen (vgl. N 290).

1.3. Einseitig geregelte AGB

- 375 Die dem Verweis auf eigene AGB innewohnende Ablehnung gegnerischer AGB (N 289) bezieht sich grundsätzlich nicht nur auf gegensätzliche Bedingungen, sondern auch auf solche, die kein thematisches Gegenstück enthalten (vgl.

528 Vgl. ULMER AGBG 2 N 93 i.V.m. N 102; S/H HGB 346 N 123; KRAMER BGB 151 N 33; SCHLOSSER/C-W/GRABA AGBG 2 N 122; STAUDINGER/SCHLOSSER AGBG 2 N 85; BGH MRD 1966 583; ULMER/SCHMIDT JuS 1984 21; STRIEWE JuS 1982 729.

N 267 ff.), sofern diese eine Benachteiligung beinhalten⁵²⁹. Die Inkorporation einseitig geregelter AGB ist von dem durch Auslegung zu ermittelnden Willen einer vernünftigen Gegenpartei abhängig. Dies gilt für einseitige Ergänzungen in kaufmännischen Bestätigungsschreiben ebenso wie für solche in modifizierten Auftragsbestätigungen (vgl. N 322 f.). Es gelten die allgemeinen Rechtsgrundsätze über die Konstitutivwirkung von Ergänzungen in kaufmännischen Bestätigungsschreiben, die gleichermassen wie das Günstigkeitsprinzip (bei der modifizierten Auftragsbestätigung (N 276 f.)) eine Ausformulierung der vertrauens-theoretischen Interpretation von Willenserklärungen darstellen: Ergänzungen in einseitig geregelten AGB kommt nur dann rechtserzeugende Wirkung zu, wenn sie den Interessen der Gegenpartei in gleichem Masse Rechnung tragen wie das anwendbare dispositive Recht oder (allgemeiner formuliert) wenn sie deren Inhalt nicht fühlbar beeinträchtigen (vgl. N 72 ff.).

376 Wie bei den übereinstimmenden AGB ist auch hier einschränkend anzufügen, dass solchen einseitig geregelten AGB, die auch den Interessen der Gegenpartei gerecht werden, nur unter Vorbehalt der elementweisen Betrachtung und des Interessenausgleichs aufgrund der Gesamtbetrachtung aller Klauseln Wirkung zukommt (vgl. N 268).

377 Der Frage, ob übereinstimmenden oder einseitig geregelten AGB-Klauseln Konstitutivwirkung zukommt, ist nur von beschränkter praktischer Bedeutung. Im Rechtsstreit nämlich werden nur die Vertragspunkte, die gerade die tatsächliche Streitfrage betreffen, von Interesse sein, und in der Folge wird der gerichtliche Entscheid nur diese betreffen (N 271).

529 Unzutreffend SCHLOSSER/C-W/GRABA AGBG 2 N 116; STAUDINGER/SCHLOSSER AGBG 2 N 80; STRIEWE JuS 1982 729. Diese Autoren verneinen die Konsensfähigkeit einseitig geregelter AGB kategorisch, also auch selbst dann, wenn diese keine Benachteiligung der Gegenpartei beinhalten. Dieser undifferenzierte Lösungsansatz widerspricht der generellen Anwendung des Vertrauensprinzips bei der Interpretation von (stillschweigenden) Willenserklärungen.

Unzutreffend, aber in anderer Hinsicht, HGer ZH ZR 1947 176, indem in der Gegenbestätigung nur ein Widerspruch zu den entsprechenden Bedingungen der anderen Seite gesehen wurde und nicht die Verwerfung der gegnerischen AGB insgesamt.

Abzulehnen ist auch die Ansicht von SCHLEGELBERGER/HEFERMEHL, dass einseitig geregelten AGB Konstitutivwirkung zukommt, allein weil der Empfänger mit einer solchen Klausel üblicherweise zu rechnen braucht, unabhängig davon, ob seine Interessen tangiert werden oder nicht. Vgl. dazu S/H HGB 346 N 123 mit Bezug auf BGH MRD 1966 583. Diese Ansicht verkennt ebenso wie das HGer ZH a.a.O., dass der Empfänger mit dem Verweis auf seine AGB nicht nur allen widersprüchlichen gegnerischen AGB-Klauseln, sondern vielmehr auch allen gegnerischen AGB, die eine Benachteiligung enthalten, konkludent widersprochen hat.

2. Nacheinander folgende abweichende Bestätigungsschreiben

- 378 Bei dieser Fallkonstellation folgen sich die wechselseitig versandten abweichenden Bestätigungsschreiben in relativ kurzen Zeitabständen nach⁵³⁰. Mit dem nachfolgenden abweichenden Bestätigungsschreiben widerspricht die Gegenpartei dem AGB-Einbezugsversuch des Vertragspartners, so dass sich analog zur Situation der kreuzenden Bestätigungsschreiben die Einbeziehungsversuche gegenseitig aufheben. Was die übereinstimmend oder einseitig geregelten AGB betrifft, so gelten die zu den kreuzenden Bestätigungsschreiben gemachten Ausführungen analog.
- 379 Erfolgt die nachfolgende abweichende Bestätigung aber erst längere Zeit nach der ersten, so ist darin nicht mehr der Widerspruch zum AGB-Einbezugsversuch im ersten Schreiben zu sehen⁵³¹. Das Verhalten des Empfängers der ersten Bestätigung besteht demnach in Schweigen. Es sind folglich die Rechtsgrundsätze über die Konstitutivwirkung des Schweigens auf abweichende Bestätigungsschreiben zur Anwendung zu bringen. In der zweiten Bestätigung liegt zwar ein Antrag auf Änderung des bereits geschlossenen Vertrages, dem aber keine Annahme gegenübersteht. Dem Schweigen der Gegenpartei auf dieses verspätete Schreiben kommt keine Konstitutivwirkung zu, da sie zu diesem Zeitpunkt nicht mehr mit einem solchen zu rechnen braucht. Deshalb ist ihr der Widerspruch nach Treu und Glauben nicht mehr zuzumuten⁵³².

3. Mehrfach wechselseitige Bestätigungen

- 380 Statuiert eine Partei, nachdem es bereits aufgrund kreuzender oder nacheinander folgender Bestätigungsschreiben zur AGB-Kollision gekommen ist, ein weiteres Bestätigungsschreiben, so kommt diesem bei Schweigen der Gegenpartei keine Konstitutivwirkung zu. Indem jede Partei mindestens einmal auf ihre AGB verwiesen hat, hat sie allen Vertragsänderungen der Gegenpartei widersprochen. Deshalb kann keine Partei darauf vertrauen, dass das Schweigen der Gegenpartei auf eine erneute AGB-Verweisung in einem kaufmännischen Bestätigungsschreiben Zustimmung bedeutet.

530 Vgl. SCHLOSSER/C-W/GRABA AGBG 2 N 116; STAUDINGER/SCHLOSSER AGBG 2 N 80; ZR 1947 173; BGH WM 1973 1198.

531 SCHMIDLIN OR 6 N 118: "Der verspätete Widerspruch vermag daher die Vermutung, der Schweigende habe der Bestätigung bereits zugestimmt, nicht mehr aufheben."

532 Das Bestätigungsschreiben hat dem Empfänger unmittelbar nach Vertragsschluss zuzugehen, vgl. SCHMIDLIN OR 6 N 114; KRAMER BGB 151 N 34; S/H HGB 346 N 116.

§ 17 Verweisung auf Allgemeine Geschäftsbedingungen in Auftragsbestätigungen und Bestätigungsschreiben

I. Kollisionsproblem

1. Sachverhalt

381 Ausgehend vom Sachverhalt des Basisfalles 2, der AGB-Kollision aufgrund der gegensätzlichen Verweisung in Offerte und Akzept, können sich, je nach Reaktion der Parteien, unterschiedliche Fallkonstellationen ergeben. Bei Entdeckung der "battle of the forms" kann die Reaktion der Parteien zum einen zum Konsensstreit, zum andern zum Reinen Auslegungstreit führen⁵³³. Ferner können sich eine oder aber auch beide Parteien in weiteren Schreiben erneut auf die Geltung der eigenen AGB berufen⁵³⁴. Im folgenden geht es darum, solche Schreiben rechtlich zu qualifizieren und ihre Wirkung auf AGB-Kollisionen in den einzelnen Fallkonstellationen zu bestimmen.

2. Qualifikation einer AGB-Verweisung nach erfolgter Kollision

382 Dieses weitere Schreiben, in dem erneut auf die eigenen AGB Bezug genommen wird, kann entweder als modifizierte Auftragsbestätigung oder als kaufmännisches Bestätigungsschreiben qualifiziert werden.

383 — Zur Qualifikation als zweite modifizierte Auftragsbestätigung

Zu dieser Qualifikation eines solchen Schreibens führt einzig die Interpretation der ersten modifizierten Auftragsbestätigung des Akzeptanten als Ablehnung des Vertrages insgesamt unter Statuierung einer Zweitofferte; dies in Anwendung des Grundsatzes von BGB 150 II i.S. der Th.d.I.W. Diesfalls bedeutet die zweite modifizierte Auftragsbestätigung die Ablehnung der ersten modifizierten Auftragsbestätigung unter Statuierung einer Drittofferte. In Anwendung der Th.d.I.W. kommt der Vertrag in dieser Konstellation nur zustande, wenn die Parteien zur Vertragsdurchführung schreiten (vgl. N 101 f.). Dadurch werden die in der Drittofferte verwiesenen AGB Vertragsinhalt. Eine solche Qualifikation eines weiteren Schreibens auf eine AGB-Kollision nimmt der BGH in NJW 1963 1248 vor, der sich dabei auf die Th.d.I.W. stützt.

533 Vgl. N 183 ff., 241 ff., 309 ff.

534 Die Beurteilung einer solchen Fallkonstellation findet sich bei SCHLECHTRIEM Fs. 78 f. und BGH NJW 1963 1248.

384 – Zur Qualifikation als kaufmännisches Bestätigungsschreiben

Nimmt man aber an, der Vertrag sei aufgrund der modifizierten Auftragsbestätigung bis auf den Partialdissens in der AGB-Geltungsfrage zustande gekommen, so kann ein weiteres Schreiben nicht als zweite modifizierte Auftragsbestätigung gewertet werden. Eine erneute Bezugnahme auf die eigenen AGB ist vielmehr als kaufmännisches Bestätigungsschreiben zu interpretieren mit dem Zweck, die AGB-Geltungsfrage zu klären und die eigenen Bedingungen durchzusetzen⁵³⁵. Die Qualifikation als kaufmännisches Bestätigungsschreiben ist in den meisten Fallsituationen dieser Konstellation zutreffend, da die AGB-Kollision (als Partialdissens in subjektiv unwesentlichen Vertragspunkten) dem Zustandekommen des Vertrages grundsätzlich nicht im Wege steht (vgl. N 214)⁵³⁶.

II. Lösungsvarianten

385 Der erneute Verweis auf AGB mittels eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens, nachdem es bereits aufgrund der gegensätzlichen Bezugnahme in Offerte und Akzept zur AGB-Kollision gekommen ist, stellt einen weiteren einseitigen Versuch der Inkorporation der eigenen AGB dar. Es bestehen grundsätzlich drei Lösungsvarianten für AGB-Kollisionen dieser Konstellation, die aufzuzeigen und zu qualifizieren sind:

386 Eine erste Lösungsvariante führt zum Einbezug der im besagten Schreiben verwiesenen AGB, sofern es zur Vertragsdurchführung kommt. Zu dieser Variante bekennt sich der BGH in NJW 1963 1248. Der BGH beurteilt die Leistungsabnahme nach einem erneuten Verweis des Lieferanten (in casu Erstofferent) als konkludente Zustimmung zu den Lieferbedingungen. Begründet wird dieser Entscheid damit, dass das Verhalten des Abnehmers nach Treu und Glauben zu diesem Schluss führe.

387 Eine zweite Lösungsvariante führt zur Verneinung der Vertragsgeltung, indem in der zusätzlichen Verweisung auf AGB mittels kaufmännischen Bestätigungsschreibens ein Indiz dafür gesehen wird, dass die Durchsetzung der eigenen AGB für die betreffende Partei "conditio sine qua non" für die Vertragsgeltung dar-

535 Die rechtserzeugende Wirkung eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens, das auf einen schriftlichen Vertragsschluss folgt, ist nur ausnahmsweise dann zu bejahen wenn es zur Klarstellung von Missverständnissen dient. Vgl. SCHLECHTRIEM Fs. 78 f.; SCHULER 103; SCHMIDLIN OR 6 N 83; KRAMER BGB 151 N 28; S/H HGB 346 N 110; FLUME 663; SCHLOSSER/C-W/GRABA AGBG 2 N 121; STAUDINGER/SCHLOSSER AGBG 2 N 84; LINDACHER WM 1981 704.

536 Vgl. SCHLECHTRIEM Fs. 78, der ein weiteres Schreiben in dieser Situation gleichfalls als kaufmännisches Bestätigungsschreiben interpretiert.

stellt⁵³⁷. Diesfalls deutet die Gesamtheit der Umstände erkennbarerweise darauf hin, dass bei Nichtdurchsetzung der eigenen AGB der betreffenden Partei der Abschlusswille zum Vertrag fehlt. (Zu den rechtlichen Konstruktionen vgl. N 169 ff.) Anders sind die Umstände jedoch dann zu interpretieren, wenn es dennoch zur Vertragsabwicklung kommt. Damit gibt die nochmals auf AGB verweisende Partei konkludent zu erkennen, dass sie dem Zustandekommen des Rechtsgeschäftes Vorrang vor der Durchsetzung ihrer AGB einräumt. Der Vertrag kommt ohne Inkorporation von AGB zustande.

- 388 Eine dritte Lösungsvariante führt in jedem Fall ohne Einbezug von AGB zur Vertragsgeltung. Im Gegensatz zur zweiten Variante wird im erneuten Verweis auf AGB nicht ein Indiz dafür gesehen, dass die betreffende Partei die Durchsetzung der eigenen AGB zum Widerstandspunkt erhebt.
- 389 In jedem Fall abzulehnen ist die vom BGH gewählte Lösungsvariante. Diese beruht auf der Th.d.l.W., deren Anwendung bereits verworfen wurde (vgl. N 108 ff.). Der erneute Verweis auf AGB wird als modifizierte Auftragsbestätigung interpretiert, da in Anwendung der Th.d.l.W. zu Unrecht davon ausgegangen wird, der Vertrag komme erst mit dem Leistungsaustausch zustande. Die zweite Lösungsvariante, die, sofern der Leistungsaustausch nicht stattgefunden hat, das Zustandekommen des Vertrages negiert, ist ebenfalls zu verwerfen. Anders als bei der Statuierung eines Wirksamkeitsvorbehalts, ist in dieser Fallkonstellation der Vertrag bereits zustande gekommen, wenn auch bezüglich der AGB-Geltungsfrage offener oder nachträglich entdeckter Partialdissens besteht. Zur nachträglichen Aufhebung des Vertrags, falls die eigenen AGB nicht zur Durchsetzung gelangen, ist eine einseitige Erklärung in Form eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens nicht ausreichend⁵³⁸. Im weiteren ist i.d.R. im erneuten Verweis auf AGB nicht ein Indiz dafür zu erkennen, dass für die betreffende Partei die Durchsetzung der eigenen AGB unabdingbare Voraussetzung für das Zustandekommen des Vertrages ist. Dies ergibt sich daraus, dass der alleinige Verweis in einem Bestätigungsschreiben nicht eine genügende Klarstellung der AGB-Geltungsfrage darstellt. Eine solche hätte bereits anlässlich des Vertragsschlusses erfolgen müssen, um die Durchsetzung der AGB im Lichte des Vertrauensprinzips als Widerstandspunkt erscheinen zu lassen.
- 390 Bei der Beurteilung der AGB-Kollisionen in den nachfolgenden Fallkonstellationen ist von der dritten Lösungsvariante auszugehen. Diese entspricht im wesentlichen den allgemeinen zum Basisfall 2 entwickelten Grundsätzen.

537 Diese Interpretation erfolgt in Anlehnung an diejenige von Fallkonstellationen mit Wirksamkeitsvorbehalten, vgl. N 296 ff.

538 Hierzu ist ein Aufhebungsvertrag, ein "contrarius actus", erforderlich, vgl. KELLER/SCHÖBI 245 ff.; G/M/K 268; v.T/E 165 f.

III. Fallkonstellationen

1. Offener Partialdissens

- 391 Beide Parteien haben in Kenntnis der AGB-Kollision diese bewusst offengelassen, um das Zustandekommen des Vertrages nicht zu gefährden. In diesem Zeitpunkt nämlich steht die Abwicklung des Geschäftes und nicht die Durchsetzung der eigenen AGB im Vordergrund⁵³⁹, da diesen oft nur bei Vertragsstörungen Bedeutung zukommt (vgl. N 319). Indem beide Parteien in Kenntnis der Kollision auf deren Klärung verzichten und an den eigenen Bedingungen festhalten, fehlt es an der objektiven Vertrauensgrundlage (vgl. N 65); dazu kommt, dass eine nachträglich zu ihren AGB bestätigende Partei vernünftigerweise nach Treu und Glauben annehmen darf, das Schweigen der Gegenpartei bedeute Zustimmung⁵⁴⁰. Es bestehen keine erkennbaren Anhaltspunkte, die darauf schliessen lassen, der Empfänger verzichte auf die Durchsetzung seiner AGB und unterwerfe sich den gegnerischen Bedingungen. Es gelten somit die allgemeinen Grundsätze der Erfassung von AGB-Kollisionen in Situationen des offenen Partialdissenses (vgl. N 216 ff.). Je nach Reaktion der Parteien kommen die Regeln des Konsensstreites oder diejenigen des Reinen Auslegungstreites zur Anwendung (vgl. N 309 ff.).

2. Versteckter Partialdissens

- 392 Die Fallkonstellation des versteckten Dissenses kann sich zu derjenigen des einseitig entdeckten Dissenses entwickeln, sobald eine Partei Kenntnis der AGB-Kollision erhält (vgl. N 237 ff.). Bedient sich dann die erkennende Partei eines auf die eigenen AGB verweisenden Bestätigungsschreibens, so stellt sich die Frage, ob dem Schweigen des Empfängers hierauf Konstitutivwirkung zukommt,

539 Vgl. RAISER 223; FLUME 676; ULMER AGBG 2 N 98; STRIEWE JuS 1982 728; KEGEL JZ 1952 501; OLG Köln DB 1980 925.

540 Vgl. SCHLECHTRIEM Fs. 79.

A.A. SCHLOSSER/C-W/GRABA AGBG 2 N 121; STAUDINGER/SCHLOSSER AGBG 2 N 80; SCHMIDT-SALZER (1) D. 79: Nach diesen Autoren liegen die Voraussetzungen für eine Konstitutivwirkung des Schweigens auf das kaufmännische Bestätigungsschreiben vor, da Zweifel bestehen, ob bestimmte AGB Vertragsinhalt geworden sind. Dabei wird in unzutreffender Weise die objektive Vertrauenssituation unberücksichtigt gelassen.

Die vorliegende Fallkonstellation ist mit derjenigen zu vergleichen, in welcher eine Partei bei bestehendem Inhaltsstreit nachträglich versucht, mittels eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens ihren AGB zum Durchbruch zu verhelfen (vgl. N 365 ff.). Dem Bestätigungsschreiben kommt diesfalls keine Wirkung zu, da der Absender aufgrund des Rechtsstreites von vornherein wissen muss, dass seine Bedingungen den Interessen des Empfängers zuwiderlaufen. Es fehlt an der objektiven Vertrauenssituation, um den Empfänger unter Erklärungszwang zu setzen.

Vgl. im weiteren auch S/H HGB 346 N 116; KRAMER BGB 151 N 34.

indem die AGB-Geltungsfrage zugunsten des Absenders zu entscheiden ist. Bei einem Missverständnis, wie es hier in Form der AGB-Kollision besteht, ist trotz des vorangehenden schriftlichen Vertragsschlusses grundsätzlich ein Bedürfnis für ein klarstellendes kaufmännisches Bestätigungsschreiben gegeben⁵⁴¹. Dieser Grundsatz ist jedoch nicht auf die vorliegende Fallkonstellation anzuwenden, da der Bestätigende aufgrund der vorangehenden Bezugnahme des Empfängers auf die eigenen AGB (in der Erstofferte oder in der modifizierten Auftragsbestätigung) nicht annehmen kann, dieser sei mit anderslautenden Bedingungen einverstanden⁵⁴². Es fehlt an der objektiven Vertrauenssituation analog zur Fallkonstellation des offenen Partialdissenses. Indem der Empfänger in seiner Vertragserklärung auf die eigenen AGB verwiesen hat, hat er auch ohne Abwehrklausel abweichende gegnerische Bedingungen konkludent abgelehnt (N 289). Es deuten keine Umstände darauf hin, dass der Empfänger nun doch mit den gegnerischen Bedingungen einverstanden ist. In einer Fallsituation des einseitig entdeckten Partialdissenses ist es nach dem Vertrauensprinzip vielmehr geboten, eine Klärung bezüglich der AGB-Geltungsfrage durch Benachrichtigung der Gegenpartei einzuleiten⁵⁴³. Gleich wie bei der Fallkonstellation des offenen Partialdissenses sind auch hier die allgemeinen Grundsätze, die zum Basisfall 2 entwickelt worden sind, massgebend (vgl. N 227 ff.).

541 Vgl. FN 535.

542 Gl.A., aber mit anderer Begründung, ist SCHLECHTRIEM Fs. 80: Der Bestätigende könne dann nicht mit einer Billigung seiner AGB seitens des Empfängers rechnen, wenn die Lückenfüllung der AGB-Kollision durch dispositives Recht allgemein anerkannt sei.

543 Vgl. S/J OR 1 N 369.

Abschnitt 3

Geltung Allgemeiner Geschäftsbedingungen kraft besonderer Verhältnisse

§ 18 Geltung Allgemeiner Geschäftsbedingungen aufgrund bestehender Geschäftsbeziehungen

I. Wirkung bestehender Vertragsbeziehungen

1. Grundlage des AGB-Einbezugs (vgl. auch N 20)

- 393 Grundlage des stillschweigenden Einbezugs von AGB in weitere Verträge ist das Vertrauensverhältnis, welches sich durch die laufenden Geschäftsbeziehungen zwischen den Parteien entwickelt hat⁵⁴⁴. Sind bestimmte AGB – seien dies Bedingungen einer Vertragspartei⁵⁴⁵ oder Verbandsbedingungen – anlässlich früherer Vertragsabschlüsse ausdrücklich anerkannt und im Rahmen fortgesetzter rechtsgeschäftlicher Tätigkeit stets verwendet worden, so dürfen beide Parteien⁵⁴⁶ bei weiteren Vertragsabschlüssen vom stillschweigenden Einbezug der betreffenden Bedingungen ausgehen^{547,548}. Für dieses über das einzelne Geschäft

544 Vgl. N 20. SCHULER 100; GIGER 59 f.; SCHMIDLIN OR 6 N 49; KRAMER OR 1 N 197 f.; MERZ 147; SCHLÄPFER 71; EBERSTEIN 31; BGE 77 II 154 ff.; BJM 1963 268; OLG Hamburg DB 1981 470; BGH AGBGE 1978 94; BGH WM 1973 1198.

545 Werden Verträge gleicher Art mehrfach zu den Bedingungen des Bestätigenden geschlossen, so ist ein erneuter Hinweis auf die betreffenden Bedingungen nunmehr entbehrlich, vgl. LINDACHER WM 1981 706 r.Sp.

546 Sowohl der Verwender wie auch der Empfänger dürfen sich auf den stillschweigenden Einbezug der betreffenden AGB verlassen, vgl. BGE 77 II 157.

Es spielt keine Rolle, wenn die Offerte, die bisher stets vom Verkäufer unter Hinweis auf seine AGB ausging, nunmehr durch den Einkäufer erfolgt. Bei Stillschweigen bezüglich des Einbezugs von AGB gelten nach wie vor die Bedingungen des Verkäufers, vgl. dazu SCHULER 99.

547 MERZ (1) 147: "Beim neuen, ohne Bezugnahme auf die AGB erfolgten Vertragsschluss wäre die Importfirma nach Treu und Glauben gehalten gewesen, die AGB des Spediteurs vom Vertragsinhalt ausdrücklich auszuschließen, wenn sie nicht wie in früheren Fällen als *lex contractus* wirksam werden sollten."

HGer ZH SJZ 1955 314: "... bei einem 'laufenden Geschäftsverkehr', der sich stets nach solchen Bedingungen abgewickelt hat und wo auf diese immer wieder hingewiesen worden war, ohne dass dagegen jemals Einspruch erhoben worden wäre ..."

Von einem stillschweigenden Einbezug der AGB ist z.B. dann auszugehen, wenn den bisherigen Verträgen stets die AGB einer Partei zugrunde gelegt worden sind, so dass der Gegenpartei unmissverständlich erkennbar ist, dass die betreffende Partei nur zu den eigenen Bedingungen kontrahiert. Dieser Umstand macht eine ausdrückliche Einbeziehung bei weiteren Vertragsabschlüssen obsolet, vgl. dazu SCHROEDER 72.

BGH WM 1973 1199: "Stehen etwa Kaufleute in laufender Geschäftsverbindung zueinander, sind dabei auch frühere Verträge zwischen ihnen stets zu den Geschäfts-

hinausreichende Vertrauensverhältnis sind subjektive und objektive Voraussetzungen erforderlich. Die subjektive Voraussetzung besteht in der Geschäftserfahrung und Rechtskunde der Parteien, die den Bereich des konkreten Geschäfts mitzuumfassen hat⁵⁴⁹. Als objektive Voraussetzung ist erforderlich, dass die einzelnen Vertragsschlüsse nicht allzulange auseinanderliegen und dass diese stets in gleicher Weise getätigt worden sind⁵⁵⁰. Problematisch ist einzig die Fallkonstellation, in der zum ersten Mal bei einem Vertragsabschluss im Rahmen einer Geschäftsbeziehung der Hinweis auf AGB unterbleibt. Ob die AGB nunmehr stillschweigend als dem Vertrag zugrunde gelegt betrachtet werden dürfen, ergibt sich aus der vertrauens-theoretischen Interpretation der Umstände des Einzelfalles unter Einbezug der Modalitäten vorangegangener Vertragsabschlüsse (vgl. dazu N 20)⁵⁵¹.

bedingungen der einen Partei abgeschlossen worden und hat diese unmissverständlich zu erkennen gegeben, dass sie grundsätzlich Geschäfte nur auf der Grundlage ihrer eigenen Geschäftsbedingungen tätigen will, so kann allerdings in dem vorbehaltlosen Vertragsabschluss durch die andere Partei ein derartig stillschweigendes Einverständnis auch dann zu sehen sein, wenn bei neuen Vertragsverhandlungen die Geschäftsbedingungen nicht nochmals in Bezug genommen sind."

- 548 Vgl. SCHMIDT-SALZER (1) D 95, der aufgrund der rechtlichen Selbständigkeit der einzelnen Verträge ein über das einzelne Geschäft hinausreichendes Vertrauensverhältnis ablehnt, sofern keine Rahmenvereinbarung besteht oder bestanden hat. Bei der Auslegung der Willenserklärungen sind jedoch auch weitere Momente, die vor dem Vertragsschluss liegen, miteinzubeziehen. Vgl. dazu KRAMER OR 1 N 108, OR 18 N 27; MERZ ZGB 2 N 152; G/S OR 18 N 357 f.; S/J OR 1 N 269; G/S/J N 880. Der Umstand des wiederholten gleichartigen Geschäftsabschlusses zwischen denselben Parteien ist geeignet, ein Vertrauensverhältnis zu begründen, das bei der Vertragsauslegung mitzubersichtigen ist.

- 549 Vgl. N 20. SCHULER 99 bei FN 79; BGE 77 II 156.

KRAMER OR 1 N 198: "Man kann aus dieser Entscheidung" (gemeint BGE 77 II 155 f.) "die allgemeine Regel ableiten, dass AGB im kaufmännischen Verkehr als stillschweigend vereinbart gelten, wenn sich aus der vorangehenden Geschäftsbeziehung der Kaufleute (im Rahmen derer jeweils AGB verwendet wurden) zwingend ergibt, dass im Hinblick auf den gegenständlichen Vertragsschluss von der Geltung der AGB auszugehen sei (...)."

- 550 SCHMIDLIN OR 6 N 49: "Der Abschluss des neuen Geschäfts knüpft an bereits abgeschlossene Geschäfte an, aufgrund deren man sich versteht, und legt nahe, dass weitere Geschäfte gleicher Art folgen werden. Diese Abschlusskette kann einen Umstand darstellen, der zur Erwartung berechtigt, Stillschweigen bedeute Annahme."

Vgl. im weiteren SCHULER 99, wo einzelne Voraussetzungen aufgelistet sind: WOLF/HORN/LINDACHER AGBG 2 N 62; SCHLOSSER/C-W/GRABA AGBG 2 N 86; STAUDINGER/SCHLOSSER AGBG 2 N 60.

Zu Recht erachtete der BGH in WM 1973 1200 I.Sp. den Abschluss von acht Kaufverträgen in unregelmässigen Abständen über drei Jahre, wobei nur in deren sechs auf AGB verwiesen wurde, als unzureichend für die Annahme des stillschweigenden Einbezuges in weiteren Verträgen. Vgl. auch BGH JZ 1977 603 I.Sp.

Ungenügend für die Annahme des stillschweigenden Einbezugs bestimmter Bedingungen in nachfolgende Verträge ist auch der Verweis auf AGB mittels Lieferscheinen bei den bisherigen Vertragsabschlüssen. So BGH AGBGE 1978 95. Vgl. zur rechtlichen Unerheblichkeit von Lieferscheinen bezüglich der Einbeziehung von AGB N 36.

- 551 Abzulehnen ist dies, wenn der Einbezug von AGB bisher stets das Resultat ausdrücklicher Aushandlungen für den Einzelfall dargestellt hat, vgl. SCHMIDT-SALZER D. 95. Vgl. aber BGE 77 II 157: "Es widerspricht Treu und Glauben im Verkehr, wenn er,

- 394 Bei Bejahung des stillschweigenden Einbezugs der AGB ist jeweils ein nachträglicher Hinweis in Form eines auf AGB verweisenden kaufmännischen Bestätigungsschreibens entbehrlich⁵⁵². Ist eine Partei im Rahmen einer laufenden Geschäftsbeziehung mit der Inkorporation der betreffenden AGB in einem Vertragsverhältnis nicht einverstanden, so ist von ihr der Widerspruch zu verlangen⁵⁵³. Dies gilt auch für den ursprünglichen Verwender, wenn es sich bei den stillschweigend vereinbarten AGB um die Bedingungen einer Partei handelt⁵⁵⁴. Andernfalls darf die Gegenpartei vom stillschweigenden Einbezug der betreffenden Bedingungen ausgehen.

2. Kollisionsproblematik

2.1. Bei Vertragsabschluss

- 395 Falls der Offerent, der Akzeptant oder beide Parteien in ihren Vertragserklärungen auf AGB Bezug nehmen, die von den bisher im Rahmen der laufenden Geschäftsverbindungen stillschweigend verwendeten abweichen, kommt es zu einer Kollision. Solche Verweise auf abweichende AGB stellen grundsätzlich eine Ablehnung der bisher stillschweigend verwendeten Bedingungen dar. Indem einzig der Akzeptant mittels einer modifizierten Auftragsbestätigung abweichende AGB dem Vertrag einzubeziehen versucht, widerspricht dieser der Geltung der bisher verwendeten AGB, die der Offerent stillschweigend seinem Antrag zugrunde gelegt hat. Diese Fallsituation entspricht der Konstellation des beidseitigen Verweises auf gegensätzliche AGB. Die "battle of the forms" führt dazu, dass der Vertrag ohne Einbezug jeglicher AGB zustande gekommen ist; es gelten die zum Basisfall 2 entwickelten Rechtsgrundsätze (vgl. die Zusammenfassung in § 9 XI.). Gleiches gilt, wenn beide Parteien auf gegensätzliche Bedingungen verweisen, die von den bisher bei Rechtsgeschäften stillschweigend

nachdem er während des ganzen Jahres 1946 auf Grund solcher Formulare Speditionsaufträge an die Beklagte erteilt hatte, für einen Anfang Mai 1947 brieflich und ohne jeden Vorbehalt erteilten gleichartigen Auftrag nun plötzlich die Massgeblichkeit der ABSped bestreitet."

SCHROEDER 73: "Es bedarf aber stets einer sorgfältigen Prüfung des Einzelfalles, wie, insbesondere im Hinblick auf Art, Umfang und Dauer der Geschäftsverbindungen, das Verhalten der Parteien bei Vertragsschluss zu würdigen ist."

- 552 Richtig LINDACHER WM 1981 706 r.Sp. und BGH WM 1973 1199 r.Sp.

Unklar MERZ (1) 147: "Wo Verträge regelmässig aufgrund von AGB abgeschlossen werden, genügt es auch, dass erst in der schriftlichen Bestätigung und nicht schon anlässlich des telephonischen Vertragsschlusses auf diese hingewiesen wird." Ebenso HGer ZH SJZ 1945 321. Eine nachträgliche Bestätigung ist jedoch nicht nur "genügend", sondern geradezu überflüssig.

- 553 Vgl. SCHULER 100; SCHMIDLIN OR 6 N 50; GIGER 60; BUCHER 134 FN 105; BGE 77 II 154 ff.; HGer ZH SJZ 1955 314 und SJZ 1945 321.

- 554 Änderungen der AGB durch den ursprünglichen Verwender werden ohne Annahme seitens des Vertragspartners vom stillschweigenden Einbezug nicht erfasst.

verwendeten AGB abweichen. Einzig dem abweichenden Einbezugsversuch nur durch den Offerenten kommt bei unterlassenem Widerspruch des Akzeptanten Konstitutivwirkung zu, da dieser in der Folge vom Akzept erfasst wird⁵⁵⁵.

- 396 Verhältnismässig häufig anzutreffen ist die Situation, in der beide Vertragsparteien im Rahmen andauernder Geschäftsbeziehungen bei den einzelnen Vertragsabschlüssen jeweils fortgesetzt auf eigene Bedingungen in Offerte bzw. Akzept verwiesen haben, ohne jemals eine diesbezügliche Klärung herbeigeführt zu haben⁵⁵⁶. Die Tatsache, dass es im Laufe dieser Vertragsabschlüsse zu keiner Klärung der AGB-Geltungsfrage gekommen ist, ergibt sich daraus, dass bis anhin nie Vertragsstörungen aufgetreten sind, welche die Frage der AGB-Geltung aufgeworfen hätten. Diese Situation entspricht wiederum derjenigen des Basisfalles 2; es gelten die dazu entwickelten Rechtsgrundsätze (vgl. die Zusammenfassung in § 9 XI.).

2.2. Nach Vertragsabschluss

- 397 Es ist die Fallkonstellation denkbar, in der eine Partei nach Vertragsschluss unter stillschweigendem Einbezug von AGB aufgrund fortgesetzter Geschäftstätigkeit versucht, nachträglich mittels kaufmännischen Bestätigungsschreibens abweichende AGB dem Vertrag zugrunde zu legen⁵⁵⁷. Es sind theoretisch drei unterschiedliche Lösungen der AGB-Kollision, die daraus resultiert, denkbar: der Ausfall jeglicher AGB, die Inkorporation der mittels Bestätigungsschreibens verwiesenen AGB (unter Ausfall der bisher stillschweigend verwendeten AGB) und die unveränderte Massgeblichkeit der bis anhin verwendeten AGB. M.E. ist letztere Variante sachgerecht: Der Vertrag ist im Zeitpunkt der Statuierung des Bestätigungsschreibens bereits zustande gekommen, und zwar – angenommen, die objektiven und subjektiven Voraussetzungen seien erfüllt – unter Einbezug derjenigen Bedingungen, welche bis anhin im Rahmen der fortgesetzten Geschäftstätigkeit von beiden Parteien stillschweigend als anwendbar erachtet worden sind. Somit darf der Verwender eines Bestätigungsschreibens, welches auf abweichende AGB Bezug nimmt, das Schweigen der Gegenpartei hierauf nicht als Zustimmung betrachten. In dieser Situation widerspricht die Statuierung eines solchen Bestätigungsschreibens Treu und Glauben. Auch ergänzende Bestimmungen in den nachträglich verwiesenen AGB, die den Interessen des Empfängers an sich Rechnung tragen, erwachsen nicht in Vertragsgeltung. Indem bereits AGB dem Vertrag inkorporiert worden sind, besteht in diesem Bereich nach Meinung vernünftiger Parteien eine abschliessende Regelung, wes-

555 Zu dieser Fallkonstellation besteht, soweit ersichtlich, kein Beispiel in Judikatur oder Literatur.

556 Dieser Fallkonstellation entsprechen folgende Entscheide: OLG Hamm BB 1979 701; BGH WM 1977 1353; OLG Karlsruhe BB 1972 701.

557 Zu dieser Fallkonstellation besteht, soweit ersichtlich, kein Beispiel in Judikatur oder Literatur.

halb der Verwender im Schweigen der Gegenpartei keine Zustimmung zu den ergänzenden Klauseln erblicken darf. Die allgemeinen Rechtsgrundsätze über das kaufmännische Bestätigungsschreiben finden somit keine Anwendung.

- 398 Ebenfalls wirkungslos ist ein auf AGB verweisendes kaufmännisches Bestätigungsschreiben, wenn im Rahmen mehrjähriger Geschäftstätigkeit bewusst auf den Einbezug von AGB verzichtet worden ist⁵⁵⁸ oder wenn bewusst stets eine Klärung der AGB-Geltungsfrage (bzw. der AGB-Kollision, ausgelöst durch gegensätzliche Verweisungen in Offerte und Akzept) unterlassen worden ist, um die Durchführung der Verträge nicht zu gefährden⁵⁵⁹. Unter diesen Umständen darf nicht davon ausgegangen werden, der Empfänger akzeptiere nunmehr die gegnerischen Bedingungen.

II. Geltung Allgemeiner Geschäftsbedingungen aufgrund eines Rahmenvertrages

- 399 Mittels Rahmenvereinbarungen können die Vertragsparteien die Geltung bestimmter AGB für gewisse Rechtsgeschäfte im voraus festlegen⁵⁶⁰. Durch die Festlegung einer solchen Rahmenvereinbarung wird von vornherein die Gefahr einer AGB-Kollision ausgeschaltet⁵⁶¹. Der Inhalt künftiger Verträge richtet sich stets nach den im Rahmenvertrag verwiesenen AGB, soweit im Einzelfall nichts Gegenteiliges vereinbart wird. M.a.W. kommt einer abweichenden Bezugnahme auf AGB in einer modifizierten Auftragsbestätigung oder in einem Bestätigungsschreiben keine Wirkung zu. Wird jedoch in der Offerte auf abweichende AGB Bezug genommen, so ist die AGB-Geltungsfrage abhängig von der Reaktion des Akzeptanten. Es sind grundsätzlich drei unterschiedlich zu wertende Akzepte denkbar: Erfolgt in der Annahme des Akzeptanten kein Widerspruch, so gelangen die von der Rahmenvereinbarung abweichenden AGB in Vertragsgeltung. Das Stillschweigen in diesem Bereich darf als Zustimmung aufgefasst werden; die in der Rahmenvereinbarung verwiesenen AGB sind (einzig) für den betreffenden Vertragsabschluss konkludent aufgehoben. Widerspricht der Akzeptant mittels modifizierter Auftragsbestätigung, so bleibt es bei der Geltung der rahmenvertraglich vereinbarten AGB. Nimmt jedoch der Akzeptant seinerseits auf abweichende AGB Bezug, so kommt es zur AGB-Kollision, welche den allgemeinen Rechtsgrundsätzen untersteht. Eine solche Fallkonstellation entspricht derjenigen des Basisfalles 2 (vgl. die Zusammenfassung in § 9 XI.); der Vertrag kommt ohne AGB unter Lückenfüllung durch das dispositive Recht zustande.

558 Vgl. dazu N 368 und ULMER/SCHMIDT JuS 1984 21.

559 Dieser Fallkonstellation entspricht BGH NJW 1982 1751; vgl. auch OLG Hamm BB 1979 701; OLG Karlsruhe BB 1972 1162.

560 Vgl. SCHULER 99; GIGER 60; FORSTMOSER (1) 40; DIETLEIN/REBMANN N 10; ULMER AGBG 2 N 70 ff., 76, 93; SCHMIDT-SALZER D. 90; SCHLOSSER/C-W/GRABA AGBG 2 N 84; STAUDINGER/SCHLOSSER AGBG 2 N 59 f.

561 Vgl. ULMER AGBG 2 N 93.

§ 19 Geltung Allgemeiner Geschäftsbedingungen kraft Verkehrssitte

I. Grundlagen

1. Zur Verkehrssitte

400 In gewissen Branchen werden den Vertragsabschlüssen regelmässig bestimmte AGB zugrunde gelegt, so dass sich die Verwendung dieser aufgrund ihrer umfassenden Verbreitung, ihrer Üblichkeit, zur Verkehrssitte (Handelsbrauch, Geschäftsgebrauch, Branchenüblichkeit, Usance) entwickelt⁵⁶². Was den Inhalt der AGB betrifft, so kann dieser sowohl in einer Kodifikation eines bestehenden Handelsbrauches⁵⁶³ als auch in der direkten Festlegung gewisser Bedingungen bestehen. Die AGB werden vor allem von Branchenverbänden für den Geschäftsverkehr unter ihren Mitgliedern und mit ihren Mitgliedern⁵⁶⁴, aber auch einseitig von marktstarken Unternehmungen⁵⁶⁵ redigiert.

2. Rechtsgeschäftliche Grundlage des AGB-Einbezugs

401 Die Verkehrssitten haben keine normative Wirkung, den AGB kommt keine objektive Geltung zu⁵⁶⁶. Der Geltungsgrund der Inkorporation der AGB in den einzelnen Vertrag ist rechtsgeschäftlicher Natur (vgl. N 20). Das bedeutet, dass der betreffende Handelsbrauch, der AGB beinhaltet, nur dann massgebend ist, wenn er ausdrücklich oder stillschweigend durch beide Vertragsparteien in den Einzelvertrag einbezogen wird.

562 Vgl. GIGER 62; MERZ (1) 144; zum Begriff vgl. G/J OR 18 N 392, 395.

563 Vgl. KRAMER OR 1 N 200; LIVER ZGB 5 N 76; G/J OR 18 N 403.

Die AGB sind von der Verkehrsübung zu unterscheiden: GAUCH, Werkvertrag N 157: "Sie können zwar Ausdruck der Verkehrsauffassung sein, indem sie (als Ganzes oder mit Bezug auf einzelne Regeln) das Übliche wiedergeben, weil sie entweder eine vorbestandene Übung übernommen oder selber eine Übung begründet haben."

564 Vgl. GIGER 62; BÜHLER SJZ 1976 2; GAUCH, Werkvertrag N 156; BGE 77 II 154 ff.

565 Vgl. MERZ (1) 144; FORSTMOSER (2) 113; SCHULER 106; BGE 44 II 492.

566 Dies die absolut in der Schweiz herrschende Lehre: G/J OR 18 N 409; LIVER ZGB 5 N 70, 79; KRAMER OR 1 N 200; SCHULER 107; NÄGELI 243 ff.; MERZ (1) 144; FORSTMOSER (1) 35 f., 112; GIGER 63 f.; GAUCH, Werkvertrag N 239 bez. der SIA-Normen; BGE 91 II 359; 86 II 257; 107 II 178.

BGE 91 II 359: "Handelsbräuche gelten auch nicht ohne weiteres als Vertragsinhalt. Sie verpflichten die Parteien nur dann, wenn diese sich ihnen durch übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung, sei es ausdrücklich, sei es stillschweigend, unterwerfen (...)."

Anders KLEINER 10 f., der geradezu von einer normativen Geltung der AGB der Banken ausgeht, indem er eine Unterwerfung des Kunden unter die AGB der Bank in jedem Fall von vornherein annimmt, ohne auf die konkreten Umstände abzustellen.

402 Bei der Beurteilung, ob im Einzelfall die betreffenden branchenüblichen AGB tatsächlich dem Vertrag zugrunde liegen, ist auf vertrauensrechtliche Erwägungen abzustellen. Entscheidend ist, ob die Parteien aufgrund der vorliegenden Umstände vernünftigerweise annehmen dürfen, auch die Gegenpartei – die der Geltung der branchenüblichen AGB nicht widersprochen hat – habe sich dem Handelsbrauch unterworfen bzw. gehe stillschweigend von der Anwendbarkeit der branchenüblichen AGB im betreffenden Vertragsverhältnis aus. Dazu hat die Lehre die Formel des “Wissenmüssens” (oder “Kennenmüssens”)⁵⁶⁷ als Ausformulierung der Interpretation nach dem Vertrauensprinzip entwickelt. Diese Formel besagt⁵⁶⁸, dass jede Vertragspartei bei Ablehnung der im betreffenden Geschäftsbereich üblicherweise verwendeten Bedingungen zum Widerspruch gehalten ist, falls sie vom Bestand der branchenüblichen AGB Kenntnis hatte oder hätte haben müssen und aufgrund der konkreten Umstände vom Einbezugswillen der Gegenpartei wusste oder hätte wissen müssen⁵⁶⁹. Im einzelnen bestehen folgende subjektive und objektive Grundvoraussetzungen für das “Wissenmüssen” der branchenüblichen Bedingungen und dem diesbezüglichen stillschweigenden Einbezugswillen der Gegenpartei⁵⁷⁰: Beiden Vertragspartnern muss Geschäftserfahrung und Rechtskunde zukommen, und dies in der Branche, in die der betreffende Vertragsabschluss fällt und die vom Handelsbrauch erfasst wird. Ferner hat sich die Geschäftstätigkeit der Vertragsparteien im räumlichen Geltungsbereich der Usance abzuspielen.

403 Zur Beantwortung der Frage, ob dem Vertrag nunmehr die branchenüblichen AGB durch beidseitig konkludente Abreden zugrunde gelegt wurden, ist der einzelne Sachverhalt nach den eben dargelegten Kriterien zu untersuchen. Die Tatsache, dass bei entsprechenden Vertragsabschlüssen stets ausdrücklich auf bestimmte AGB Bezug genommen wurde, spricht sicher gegen die Annahme einer stillschweigenden Einbeziehung⁵⁷¹.

567 Vgl. SCHULER 88 f.; KRAMER OR 1 N 200; FORSTMOSER (1) 35 f.; implizit auch GIGER 62 f.; ULMER AGBG 2 N 8, 82; SCHROEDER 70.

568 KRAMER OR 1 N 227: “Eine stillschweigende (konkludente) Verweisung auf Übungen ist nach allgemeinen vertrauensrechtlichen Grundsätzen nur anzunehmen, wenn ein Kontrahent nach Treu und Glauben sicher damit rechnen durfte, dass der andere mit der Einbeziehung dieser Übung in den Vertrag einverstanden sei, auch wenn bei Vertragsschluss nichts Ausdrückliches darüber vereinbart worden ist (...).”

569 So NÄGELI 244, 247; SCHULER 88; KRAMER OR 1 N 200; SCHROEDER 70. In konsequenter Anwendung des Vertrauensprinzips sollte nicht darauf abgestellt werden, ob die die AGB negierende Partei tatsächlich vom Einbezugswillen der Gegenpartei Kenntnis hatte.

BGE 77 II 156: “... darf nach der Erfahrung des Lebens davon ausgegangen werden, dass eine schweizerische Importfirma regelmässig um das Bestehen der schon seit 1922 im Gebrauch befindlichen AGSped weiss.”

Anders MERZ (1) 144 und FORSTMOSER (1) 35 f., v.a. FN 74, die in Anlehnung an BGE 83 II 523 die tatsächliche Kenntnis zur Voraussetzung des AGB-Einbezugs erheben. Vgl. dazu die Kritik bei SCHULER 89, v.a. FN 29; vgl. im weiteren KRAMER OR 1 N 200 a.E. zu BGE 83 II 523.

570 Vgl. KRAMER OR 1 N 228; SCHLOSSER/C-W/GRABA AGBG 2 N 91; SCHROEDER 70.

571 Darauf wurde von NÄGELI 249 und SCHULER 108, 110 hingewiesen.

II. Kollisionsproblematik

- 404 Analog zur Situation der laufenden Geschäftsbeziehungen bewirkt die Verkehrssitte – falls die Voraussetzungen gegeben sind – den stillschweigenden Einbezug der AGB in die entsprechenden Verträge. Der einzige Unterschied zwischen den beiden Vertrauenssituationen besteht darin, dass die Anwendung der branchenüblichen Bedingungen keine bestehende Geschäftsverbindung zwischen den Vertragspartnern verlangt⁵⁷².
- 405 Ansonsten können sich dieselben Kollisionsprobleme wie bei den Fallsituationen bei bestehenden Geschäftsbeziehungen stellen, weshalb diesbezüglich auf die Ausführungen unter § 18 I. zu verweisen ist.

572 Vgl. KRAMER OR 1 N 200.

Anhang

Zusammenfassung und Fundstellennachweis

Verweis auf AGB bei Vertragsabschluss durch modifizierte Auftragsbestätigungen

Hinweise

406	– Sachverhalt:	Basisfall 2: Verweis auf gegensätzliche AGB in Offerte und Auftragsbestätigung; führt grundsätzlich zur AGB-Kollision	N 161 ff.
	– Theorien dazu:	Th.d.l.W. Vertragsgeltung trotz AGB-Kollision Massgabe der Verweisung Massgabe der vertragstypischen Leistung Geltung der AGB des Offerenten	N 98 ff. N 118 ff. N 135 ff. N 138 ff. N 140 ff.
	– Grundlagen:	Modifizierte Auftragsbestätigung Auslegung und Anwendung von OR 2 I Reiner Auslegungstreit	N 85 ff. N 167 ff. N 182 ff.
	– Fallkonstellationen:	Gerichtsentscheide (v.a. BRD) Fallkonstellation offener Partialdissens Fallkonstellation versteckter Partialdissens Fallkonstellation Konsens/Reiner Auslegungstreit Weitere Fallkonstellationen	N 213 f. N 216 ff. N 227 ff. N 241 ff. N 245 ff.
	– Vertragsergänzung:	Nach Konsensstreit/nach Auslegungstreit Grundsatz der Kongruenzgeltung	N 252 f. N 257 f.
	– Einseitig geregelte AGB:	Konsensfähigkeit Günstigkeitsprinzip	(N 267 ff.) N 274 ff. N 276 f.
	– Differenzierungen:	Abwehrklauseln Wirksamkeitsvorbehalte	(N 113, 127 f.) N 281 ff. N 293 ff.
	– Zusammenfassung:		N 309 ff.
	– Vergleich Auftragsbestätigung/Bestätigungsschreiben:		N 320 ff.
	– Vergleich zur Regelung in den USA (UCC § 2-207):		N 329 ff.
	– Zusammenstellung von Fallkonstellationen zum Verweis auf AGB bei Vertragsabschluss, insbesondere zur Kollisionsproblematik:		
		Gegensätzliche Verweisung auf AGB	N 339 ff.
		Einseitige Verweisung auf AGB	N 346 ff.
		Weitere Fallkonstellationen	N 352 ff.

I. Gegensätzliche Verweisung auf AGB durch Offerenten und Akzeptanten

1. Grundsatz: Zustandekommen des Vertrages ohne Einbezug von AGB

- 407 Der AGB-Kollision können grundsätzlich drei unterschiedliche Reaktionen der Parteien nachfolgen, die zu drei verschiedenen Fallkonstellationen führen (N 216 ff., 227 ff., 236 ff. und 241 ff.), welche rechtlich unterschiedlich zu erfassen sind. Das Resultat dieser Beurteilungen wird in den meisten Fällen, trotz der erwähnten Unterschiede, im Zustandekommen des Vertrages bestehen (N 221, 225 f., 231 ff., 236, 240, 241). Die Ausgangslage aller drei Sachverhalte ist identisch, indem in der ersten Phase aufgrund der modifizierten Auftragsbestätigung stets Partialdissens bezüglich der AGB-Geltungsfrage besteht, sei dieser zur Zeit des Vertragsschlusses offensichtlich (offener Partialdissens, N 216) oder sei dieser unentdeckt (versteckter Partialdissens, N 227). In einer darauffolgenden zweiten Phase kommt es dann zu unterschiedlichen Reaktionen der Parteien.

Reiner Auslegungsstreit

- 408 Eine Reaktion kann in der übereinstimmenden Konsensbekundung (N 241 ff.) bezüglich des blossen Zustandekommens des Vertrages bestehen. Diese Konsensbekundung kann entweder ausdrücklich oder konkludent (N 226, 236) durch Vertragsabwicklung erfolgen. Im Rahmen der AGB-Kollision kommt es zum sogenannten Reinen Auslegungsstreit (N 183 ff., 243 f.), der letztlich dazu führt, dass grundsätzlich weder die AGB der einen noch der anderen Partei dem Vertragsverhältnis zugrunde gelegt werden, sondern dass die entstandene Lücke durch die entsprechenden Bestimmungen des dispositiven Rechts ergänzt wird (N 253 f.).

Konsensstreit

- 409 Eine andere Reaktion kann darin bestehen, dass eine Partei aufgrund des Partialdissenses in der AGB-Geltungsfrage das Zustandekommen des Vertrages mit der Begründung negiert, die Inkorporation der eigenen AGB sei für sie "conditio sine qua non" für einen gültigen Vertragsschluss. Auf diese Reaktion kommt die Konsensvermutung von OR 2 I zur Anwendung (N 168 ff.), unabhängig davon, ob die Ausgangslage in einem offenen oder versteckten Partialdissens bestanden hat (N 176 ff.). Nur wenn die vertrauens-theoretische Interpretation der Erklärungshandlungen der vertragsverneinenden Partei die Durchsetzung ihrer AGB als objektiv erkennbare "conditio sine qua non" erscheinen lässt, muss der Ver-

trag als gescheitert betrachtet werden (N 221, 225, 231 ff.). Ausser in Fällen, in denen ein Wirksamkeitsvorbehalt (N 294) geltend gemacht wird, wird diese Interpretation kaum je zur Verneinung des Vertrages führen (N 296 ff.). In Fallkonstellationen mit der Ausgangslage des offenen Partialdissenses kommt der Vertragsdurchführung erhebliche Indizwirkung zugunsten der Vertragsgeltung zu (N 222 ff.). Diese kann einmal i.S. einer konkludenten Willenserklärung darauf hindeuten, dass die Parteien nunmehr am Vertrag festhalten (der Konsensstreit wird zum Reinen Auslegungstreit bezüglich der AGB-Geltungsfrage reduziert, N 226). Zumindest aber ist in der Vertragsdurchführung ein Hinweis dafür zu sehen, dass die Inkorporation der AGB für keine der Parteien unabdingbare Voraussetzung für die Vertragsgeltung ist (N 224). Das nachträgliche Infragestellen des Vertrages widerspricht dann geradezu Treu und Glauben (N 225).

- 410 In Fallkonstellationen des versteckten Dissenses spricht die nachlässige Haltung der Parteien bezüglich der AGB-Geltungsfrage – die unterlassene Klärung trotz objektiver Erkennbarkeit (N 232 ff.) – dafür, dass die Durchsetzung der AGB nicht unabdingbare Voraussetzung für die Vertragsgeltung ist (N 235). Auch in dieser Fallkonstellation kann sich der Konsensstreit zu einem Reinen Auslegungstreit entwickeln (N 236), indem das Zustandekommen des Vertrages nicht mehr in Frage gestellt wird.
- 411 Der Vertrag kommt demnach auch bei dieser Reaktion auf die AGB-Kollision ohne die Bedingungen der einen oder anderen Partei unter Lückenfüllung durch das dispositive Recht zustande (N 252).
- 412 Eine dritte Reaktion auf die AGB-Kollision ist die Unterwerfung (N 300 f.) der einen Partei unter die AGB der Gegenpartei, unter Fallenlassen der eigenen Bedingungen, um das Zustandekommen des Geschäftes nicht zu gefährden (N 132, 300, 318). Einzig diese Reaktion auf eine AGB-Kollision führt dazu, dass die Bedingungen einer Partei vollumfänglich in den Vertrag einbezogen werden.

2. Ausnahme: Einbezug von AGB

- 413 Die Inkorporation von AGB ist grundsätzlich nur möglich, wenn sich eine Partei den Bedingungen der Gegenpartei unterwirft; ansonsten bestimmt das dispositive Gesetzesrecht den Inhalt des Vertrages im Rahmen der Kollision (N 255). Die Aufnahme eines Wirksamkeitsvorbehalts führt lediglich dazu, dass dem Verwender vor Vertragsabwicklung die Möglichkeit verbleibt, sich einem Zustandekommen des Vertrages erfolgreich entgegenzusetzen, sofern er nicht bereits zu dessen Abwicklung Hand geboten hat (N 297).
- 414 Enthalten aber die AGB der Parteien gewisse deckungsgleiche Klauseln, die vom dispositiven Recht abweichen oder dieses ergänzen, so können diese unter Umständen trotz der Kollision der übrigen Bedingungen dem Vertrag zugrunde

gelegt werden (Grundsatz der Kongruenzgeltung N 257). Dabei ist jedoch auf die Umstände des Einzelfalles abzustellen, da die Aufsplitterung in einzelne Klauseln der ganzheitlichen Konzeption der AGB widersprechen kann (N 258 ff.).

- 415 Enthalten nur die AGB einer Partei (Offerent oder Akzeptant) Regeln für gewisse Vertragspunkte (einseitig geregelte AGB), so bleibt diesen grundsätzlich die Wirkung im Vertragsverhältnis versagt, denn der Verweis auf die eigenen AGB impliziert gleichzeitig die Verwerfung aller gegnerischen Bedingungen (N 267). Die Aufnahme einer Abwehrklausel ist dazu nicht erforderlich (N 291 f.). Wirken sich jedoch solche einseitigen Klauseln für die Gegenpartei begünstigend aus, so kann diesen unter Umständen (N 268) Vertragsgeltung zukommen (Günstigkeitsprinzip N 276 f.). Wie bei den deckungsgleichen Bedingungen muss auch hier die einzelne einseitige Klausel im Rahmen der AGB als Ganzes gesehen werden (N 268, 259 ff.).
- 416 Diese grundsätzliche Lösung der “battle of the forms” infolge einer modifizierten Auftragsbestätigung führt dazu, dass die Vertragsparteien Individualvereinbarungen zu treffen haben, wenn sie nicht wollen, dass die gesetzlichen Regelungen zum Zuge kommen. Die hier vertretenen Lösungsvorschläge bewirken eine gewisse Entwertung der AGB, da sie sich in diesen Bereichen nicht mehr durchsetzen lassen.

II. Einseitige Verweisung auf AGB durch den Akzeptanten

- 417 Diejenige Partei, welche in der modifizierten Auftragsbestätigung auf ihre AGB verweist, darf weder im Schweigen noch in der Leistungsabnahme durch die Gegenpartei deren Zustimmung zu Vertragsergänzungen ersehen, welche eine Schlechterstellung dieser im Vergleich zum vereinbarten oder zum dispositiven Recht beinhaltet (N 346 ff.). Diese Fallkonstellation untersteht denselben Regeln wie diejenige der gegensätzlichen Verweisung auf AGB durch Akzeptanten und Offerenten.
- 418 Zu weiteren Fallkonstellationen der Verweisung auf AGB bei Vertragsabschluss und der AGB-Kollision insbesondere vgl. Teil 2 §§ 11–14.

III. Rechtswirklichkeit

- 419 Die gesetzliche Regelung ist nicht unbedingt als Nachteil zu betrachten, bietet sie doch in den meisten Fällen eine interessengerechte Lösung. Um die Gefahr einer AGB-Kollision und der damit verbundenen unsicheren Rechtslage zu entgehen, empfiehlt es sich jedoch, von vornherein auf die gesetzlichen Bestimmun-

gen abzustellen oder, wenn diese im Einzelfall nicht sachgerecht sind, Individualvereinbarungen zu treffen.

- 420 Das Problem der "battle of the forms" ist in der Schweiz nur in einem einzigen Fall, soweit ersichtlich, Gegenstand eines gerichtlichen Urteils gewesen (HGer SG GVP 1977 31). Dies lässt sich massgeblich durch vier Gründe erklären:
- 421 In der Schweiz besteht eine grosse Anzahl von Verbandsbedingungen, die den Rechtsgeschäften Verbandsangehöriger und Branchenangehöriger zugrunde gelegt werden.
- 422 In Kenntnis der Gefahr einer AGB-Kollision erklären zahlreiche Kontrahenten von vornherein die massgeblichen Bestimmungen des Obligationenrechts für anwendbar.
- 423 Mit zahlreichen marktstarken Unternehmungen ist es nur möglich, zu deren AGB zu kontrahieren.
- 424 Sollte es trotzdem zu einer AGB-Kollision kommen, so muss diese nicht unbedingt zu einem Rechtsstreit führen. Betreffen die Bedingungen Vertragsverletzungen, wie z.B. die Nicht- oder Schlechterfüllung oder auch den Gerichtsstand, so kommen diese nur dann zum Tragen, wenn die betreffenden Vertragsstörungen eintreten. Bei Bedingungen, die die Erfüllungsmodalitäten betreffen, wie z.B. Erfüllungsort, Erfüllungszeit und Transportkosten, wird es bei einer Kollision stets zu Auseinandersetzungen kommen, die aber in der Folge keineswegs immer in ein gerichtliches Verfahren münden müssen. I.d.R. wird ein solches Verfahren vermieden, da kaufmännisch tätige Parteien oft in längerfristigen Geschäftsbeziehungen miteinander stehen, die sie nicht dadurch zu gefährden beabsichtigen. Die Kollision wird eher durch aussergerichtlichen Vergleich, Kompromiss oder Unterwerfung unter die Bedingungen einer Partei beseitigt.

Verweis auf AGB nach Vertragsabschluss durch kaufmännische Bestätigungsschreiben

Hinweise

- | | | |
|--|--|-----------|
| 425 – Sachverhalt: | Basisfall 1: einseitiger Verweis auf AGB mittels Bestätigungsschreibens; grundsätzlich keine AGB-Kollision | N 145 ff. |
| – Grundlagen: | Vertragsergänzung durch kaufmännische Bestätigungsschreiben | N 57 ff. |
| | Voraussetzungen der Ergänzung | N 70 ff. |
| | Einbeziehung von AGB | N 76 ff. |
| – Einzelfragen: | | N 150 ff. |
| – Zusammenstellung von Fallkonstellationen zum Verweis auf AGB nach Vertragsabschluss: | Einseitige Verweisung auf AGB | N 363 ff. |
| | Beidseitige Verweisung auf AGB | N 369 ff. |

I. Einseitige Verweisung auf AGB durch kaufmännische Bestätigungsschreiben

- 426 Der einseitige Verweis auf AGB nach Abschluss des Vertrages führt grundsätzlich nicht zu einer AGB-Kollision, es sei denn, die Parteien hätten bestimmte Bedingungen bereits bei Vertragsschluss vereinbart (N 366).
- 427 Die Konstitutivwirkung des Schweigens auf AGB, die vom Vertrag abweichen, bestimmt sich nach deren Inhalt (N 147) und danach, ob den Parteien Rechtskunde und Geschäftserfahrung zukommt (N 3 ff., 64). Dabei ist es durchaus nicht erforderlich, dass alle AGB-Klauseln eines Konsenses durch Schweigen zugänglich sind (N 78 ff.).
- 428 Kommt es zu einem Rechtsstreit, der die Geltung der AGB im Vertrag berührt, ist in einem ersten Schritt, bevor die einzelnen Klauseln untersucht werden, zu prüfen, ob die AGB insgesamt einen konsensfähigen Eindruck auf den Empfänger gemacht haben (N 78 ff.). Nur wenn diese Voraussetzung erfüllt ist, darf der Absender davon ausgehen, dass der Empfänger die AGB zur Kenntnis nimmt und bei deren Ablehnung widerspricht (N 80 f.). Fällt diese erste Prüfung positiv aus, so ist die Konstitutivwirkung der einzelnen Klausel dann zu bejahen, wenn die Ergänzung gegenüber dem dispositiven Recht den Interessen des Empfängers in gleichem Masse Rechnung trägt oder wenn die Ergänzung – mangels dispositiver Vergleichsnormen – die Interessen des Empfängers nicht in fühlbarer Weise beeinträchtigt (= allgemeine Rechtsgrundsätze zum kaufmännischen Bestätigungsschreiben, N 70 ff.). Diesen Kriterien entspricht in etwa auch der Massstab des Günstigkeitsprinzips bei einseitig geregelten AGB in Offerte oder Akzept (N 277, 323 ff.).

II. Beidseitige Verweisung auf AGB durch kaufmännische Bestätigungsschreiben

- 429 Die wechselseitige Inbezugnahme von AGB wird zumeist zu einer AGB-Kollision führen, sind doch die Vertragsbedingungen der Parteien auf ihre gegensätzlichen Interessen als Besteller und Lieferanten zugeschnitten. Diese Kollisionskonstellation entspricht derjenigen der gegensätzlichen Verweisung auf AGB durch Offerten und Akzeptanten anlässlich des Vertragsabschlusses. Es ist auch hier zwischen widersprüchlichen, deckungsgleichen und einseitig geregelten AGB zu unterscheiden (N 371 ff.).
- 430 Die Konstitutivwirkung der einseitig geregelten AGB bestimmt sich nach denselben Regeln wie beim einseitigen Verweis auf AGB. Es gelten die allgemeinen Rechtsgrundsätze über die Konstitutivwirkung von Ergänzungen in kaufmännischen Bestätigungsschreiben (N 70 ff., 78 ff.), die in etwa dem Günstigkeitsprinzip bei der modifizierten Auftragsbestätigung entsprechen (N 276 f., 323).
- 431 Was die deckungsgleichen AGB betrifft, so sind auch hier die zur modifizierten Auftragsbestätigung entwickelten Regeln analog anzuwenden (N 259 ff., 373 f.).
- 432 Zu weiteren Fallkonstellationen der Verweisung auf AGB nach Vertragsabschluss und der AGB-Kollision insbesondere vgl. Teil 2 §§ 15–17.
- 433 Zur Geltung Allgemeiner Geschäftsbedingungen aufgrund bestehender Geschäftsbeziehungen und kraft der Verkehrssitte – und der dabei möglichen Kollisionsprobleme – vgl. Teil 2 §§ 18 und 19.

Curriculum vitae

Geboren am 28. August 1960 in Zürich

1967–1973 Primarschule Zollikon

1973–1979 Freies Gymnasium in Zürich

11. September 1979 Matura Typus B

1980–1985 Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Zürich, unterbrochen durch Militärdienst und Betätigung in der Praxis

29. Mai 1985 Promotion: Lizentiat der Rechtswissenschaft

1985–1987 Ausarbeitung der Dissertation, Militärdienst und Betätigung in der Praxis

3. Juni 1987 Promotion: Doktor der Rechtswissenschaft

